



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour fédérale  
du Canada**

**1994, Vol. 1, Part 2**

**1994, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [1994] 1 F.C., 203-423

Renvoi [1994] 1 C.F., 203-423

---



Published by  
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.  
Acting Commissioner for Federal Judicial Affairs

Publié par  
DENIS GUAY, B.A., LL.L., D.E.S.D.  
Commissaire à la magistrature fédérale par intérim

---

Editorial Board

Executive Editor  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.  
Senior Legal Editor  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.  
Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

---

Bureau des arrêstistes

Directeur général  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.  
Arrêstiste principal  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.  
Arrêstistes  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

---

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

---

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production and Publication Officer  
LAURA VANIER

Services techniques

Préposée à la production et aux publications  
LAURA VANIER

Editorial Assistant  
PIERRE LANDRIAULT

Adjoint à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT

Secretary  
DENISE CÔTÉ

Secrétaire  
DENISE CÔTÉ

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Court Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to the Canadian Government Publishing Centre, Canada Communication Group, Ottawa, Canada K1A 0S9.*

*Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Centre d'édition du gouvernement du Canada, Groupe Communication Canada, Ottawa (Canada) K1A 0S9.*

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1994.

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1994.

---

## CONTENTS

Digests ..... D-13

**Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band (T.D.)..... 394**

Native peoples — Elections — Indian Act, s. 77(1), disqualifying Band members not ordinarily resident on reserve from voting in Batchewana Indian Band elections, in violation of Charter, s. 15 — Non-resident members' rights infringed as prevented from voting on use or disposition of reserve lands or Indian moneys even though still members of Band and affected by decisions thereon.

*Continued on next page*

---

## SOMMAIRE

Fiches analytiques..... F-15

**Bande indienne de Batchewana (Membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana (1<sup>re</sup> inst.)... 394**

Peuples autochtones — Élections — L'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui rend les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur la réserve inhabiles à voter aux élections de la bande indienne de Batchewana contrevient à l'art. 15 de la Charte — Il y a atteinte aux droits des membres non-résidents parce qu'ils ne peuvent voter sur l'emploi ou l'aliénation des terres de réserve ou de l'argent des Indiens bien s'ils soient toujours membres de la bande et touchés par les décisions prises à cet égard.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indian Act, s. 77(1), disqualifying Band members not ordinarily resident on reserve from voting in Batchewana Indian Band elections, in violation of Charter, s. 15 — Finding of fact Batchewana Indian Band members not resident on reserve traditionally disadvantaged group because of inability to move onto reserve — Declaration granted Indian Act, s. 77(1) invalid but operation suspended until July 1, 1994 to allow Parliament to consider amending Indian Act.

Practice — Parties — Standing — Members of Indian Band bringing action on own behalf and on behalf of Band members not ordinarily resident on reserve — Not necessary to prove support of all such persons — Named plaintiffs may bring class action on behalf of category of fellow Indian band members for constitutional determinations involving communal rights, even where some members of class expressly oppose action.

### **Benner v. Canada (Secretary of State) (C.A.)..... 250**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from denial of citizenship — Appellant born in 1962 in U.S.A. to Canadian mother married to American father — 1947 Citizenship Act providing person born abroad to Canadian father natural-born Canadian, but not if born to Canadian mother, unless unmarried — 1977 Act providing those born abroad before coming into force of 1977 Act to Canadian fathers remaining automatically entitled to Canadian citizenship, but those claiming citizenship through Canadian mothers married to foreigners required to apply for citizenship, subject to extra procedures — Appellant failing criminal record check — Whether distinctions between maternal and paternal lineage claimants discrimination based on sex, contrary to Charter, s. 15 — Whether alleged discrimination arising at time of birth under 1947 Act or upon 1989 application for citizenship under current Act — If legislation discriminatory, whether saved by Charter s. 1 — Retroactive, retrospective application of Citizenship Act, Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appeal from denial of citizenship — Appellant born in 1962 in U.S.A. to Canadian mother married to American father — 1947 Citizenship Act providing person born abroad to Canadian father natural-born Canadian, but not if born to Canadian mother unless unmarried — 1977 Act providing those born

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui rend les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur la réserve inhabiles à voter aux élections de la bande indienne de Batchewana, contrevient à l'art. 15 de la Charte — Conclusion de fait portant que les membres de la bande indienne de Batchewana ne résidant pas sur la réserve constituent traditionnellement un groupe défavorisé en raison de leur incapacité de s'établir sur la réserve — Jugement déclarant l'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens invalide, son exécution étant toutefois suspendue jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994 afin de permettre au Parlement d'examiner les modifications à apporter à la Loi sur les Indiens.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Membres d'une bande indienne intentant une action en leur nom personnel et au nom de tous les membres ne résidant pas ordinairement sur la réserve — Il n'est pas nécessaire de prouver l'appui de toutes ces personnes — Les demandeurs nommés peuvent tenter une action collective au nom d'une catégorie de membres d'une bande indienne pour faire trancher des questions constitutionnelles, dont celle des droits communs, même en dépit de l'opposition expresse de certains membres de la catégorie.

### **Benner c. Canada (Secrétaire d'État) (C.A.)..... 250**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel contre le rejet de la demande de citoyenneté — L'appelant est né en 1962 aux États-Unis du mariage de sa mère canadienne et de son père américain — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 prévoit que l'individu né à l'étranger avant 1977 de père canadien est citoyen canadien de droit, et que l'individu né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne et de son père non canadien a maintenant le droit de demander la citoyenneté mais est tenu à certaines formalités supplémentaires — L'appelant a un mauvais casier judiciaire — La distinction entre demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle et demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle vaut-elle discrimination sexuelle interdite par l'art. 15 de la Charte? — La soi-disant discrimination s'est-elle produite au moment de la naissance, sous l'empire de la Loi de 1947, ou au moment de la demande de citoyenneté, faite en 1989 sous le régime de la loi actuelle? — Au cas où le texte de loi serait discriminatoire, peut-il se justifier au regard de l'article premier de la Charte? — Application rétroactive ou rétrospective de la Loi sur la citoyenneté et de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel contre le rejet de la demande de citoyenneté — L'appelant est né en 1962 aux États-Unis du mariage de sa mère canadienne et de son père américain — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

abroad before coming into force of 1977 Act to Canadian fathers remaining automatically entitled to Canadian citizenship, but those claiming citizenship through Canadian mothers married to foreigners required to apply for citizenship, subject to extra procedures — Appellant failing criminal record check — Whether Charter, s. 15 applied — Whether 1947 or 1977 Act cause of alleged discrimination — Whether treatment in 1989 under current Act or birth in 1962 relevant event giving rise to alleged discrimination — Whether distinctions between maternal and paternal lineage citizenship claimants discrimination based on sex.

Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — If 1977 Citizenship Act discriminating between maternal and paternal lineage claimants based on sex because only former subject to oath requirements, criminal record check, whether saved by Charter, s. 1 — Whether objectives of application process for maternal lineage claimants (to establish allegiance to Canada, ensure security of nation, safety of people) sufficiently important to warrant overriding constitutionally protected right — Whether requirements of three-part proportionality test met.

Construction of statutes — Retroactivity, retrospectivity — 1947 Citizenship Act conferring automatic citizenship on children born abroad to Canadian fathers, but not on those born to Canadian mothers, unless unmarried — 1977 Act continuing automatic citizenship for paternal lineage claimants, but maternal lineage claimants subject to extra procedures i.e. criminal record check, oath of allegiance — Appellant, born in U.S.A. in 1962, to Canadian mother married to American father applying for Canadian citizenship — Application denied in 1989 because failed criminal record check — Whether treatment under current Act in 1989 or birth in 1962 relevant event giving rise to alleged discrimination i.e. whether 1947 or 1977 Act cause of alleged discrimination — If former, involving retroactive application of Charter — Charter not applying retroactively, retrospectively — Whether constitutional challenge to 1977 Act involving retroactive application of Charter — Legislation conferring citizenship on maternal lineage claimants, or subjecting paternal lineage claimants to same procedures as maternal lineage claimants retroactive as changing legal effect of event taking place before enactment.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 prévoit que l'individu né à l'étranger avant 1977 de père canadien est citoyen canadien de droit, et que l'individu né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne et de son père non canadien a maintenant le droit de demander la citoyenneté mais est tenu à certaines formalités supplémentaires — L'appelant a un mauvais casier judiciaire — L'art. 15 de la Charte s'applique-il? — La soi-disant discrimination découle-t-elle de la Loi de 1947 ou de celle de 1977? — L'événement déterminant de la soi-disant discrimination était-il le traitement accordé à l'appelant en 1989 sous le régime de la loi actuelle ou sa naissance en 1962? — La distinction entre demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle vaut-elle discrimination sexuelle interdite par l'art. 15 de la Charte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Au cas où la Loi sur la citoyenneté de 1977 opérerait discrimination sexuelle entre demandeurs de filiation maternelle et demandeurs de filiation paternelle du fait que seuls les premiers sont tenus à l'obligation du serment de citoyenneté et de l'enquête sur le casier judiciaire, il échet d'examiner si elle peut se justifier au regard de l'art. 1 de la Charte — Les objectifs visés par les formalités de demande imposées aux demandeurs de filiation maternelle (s'assurer de l'allégeance envers le Canada, garantir la sécurité de la nation et de son peuple) sont-ils suffisamment importants pour justifier la dérogation à un droit protégé par la constitution — La triple condition du critère de proportionnalité a-t-elle été remplie?

Interprétation des lois — Rétroactivité, retrospectivité — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 maintient la citoyenneté de droit pour les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle, mais les demandeurs de filiation maternelle sont tenus à certaines formalités supplémentaires, savoir l'enquête sur le casier judiciaire et la prestation du serment de citoyenneté — L'appelant, né aux États-Unis en 1962, du mariage de sa mère canadienne et de son père américain, a demandé la citoyenneté canadienne — Sa demande a été rejetée en 1989 du fait de son casier judiciaire — Il échet d'examiner si le traitement accordé à l'appelant en 1989 sous le régime de la Loi actuelle ou sa naissance en 1962 était l'événement déterminant de la soi-disant discrimination, c'est-à-dire si la soi-disant discrimination découle de la Loi de 1947 ou de celle de 1977 — Dans le premier cas, il y aurait application rétroactive de la Charte — La Charte ne s'applique ni rétroactivement, ni retrospectivement — Une contestation de la constitutionnalité de la Loi de 1977 met-elle en jeu l'application rétroactive de la Charte? — Un texte de loi accordant la citoyenneté aux demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, ou soumettant les demandeurs de filiation paternelle aux mêmes formalités que les premiers, serait rétroactif parce qu'il changerait l'effet juridique d'un événement ayant eu lieu avant son adoption.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Bovbel v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (T.D.)..... 340**

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Procedure under Immigration and Refugee Board's Reasons Review Policy to submit complete file to legal advisors to review draft reasons — Most, if not all, draft reasons submitted for review — Creating reasonable apprehension of lack of independence — As having access to entire file, counsel may review and assess evidence presented at hearing without any assurances review will not influence advice to author of reasons — Directive not to remove draft reasons with legal adviser's comments as may trigger concern in other panel members blatant attempt to influence — Raising doubt as to integrity of process and breaching principle of natural justice.

### **Canada (Attorney General) v. Degaris (T.D.)..... 374**

Public Service — Labour relations — Application to set aside Adjudicator's decision chronic short-staffing not excuse to deny leave under collective agreement — Interpretation Act, s. 43 requiring application of privative clause in P.S.S.R.A., s. 101 — Adjudicator's decision reviewable only if wrongly interpreted statute conferring jurisdiction or collective agreement — As requirements of Public Service Staff Relations Act, ss. 92, 93 that there be grievance met, within Adjudicator's jurisdiction to hear matter — Standard of review of interpretation of collective agreement patent unreasonableness — Interpretation of "operational requirements" supportable by words of collective agreement, and correct — Nothing in F.A.A. or P.S.S.R.A. denying Adjudicator jurisdiction to assess adequacy of staffing for purpose of interpreting collective agreement — Adjudicator merely stating consequence of failure to consider provisions of collective agreement in staffing calculations — Open to Adjudicator to assess adequacy of staffing in context of collective agreement — Not confined to determining whether reason given genuine or whether irrelevant considerations involved.

### **Canada (Human Rights Commission) v. Heritage Front (T.D.)..... 203**

Practice — Contempt of court — Whether hot-line messages violating Court order, issued pending disposition of complaint by CHRT, enjoining respondents from using hot-line to communicate hate messages — Contempt proceedings criminal in

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Bovbel c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 340**

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — La procédure prévue dans la Politique de révision des motifs de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié consiste à soumettre le dossier entier à des conseillers juridiques afin qu'ils révisent l'ébauche des motifs — La plupart, sinon toutes les ébauches de motifs sont soumises à la révision — Cette pratique crée une crainte raisonnable de manque d'indépendance — Comme ils ont accès à l'ensemble du dossier, les conseillers sont en mesure de réviser et d'évaluer la preuve produite à l'audition sans garantie que cette révision n'aura aucune influence sur le conseil qu'ils donneront ensuite à l'auteur des motifs — La directive portant que l'ébauche des motifs comportant les commentaires du conseiller juridique ne doit pas être retirée du dossier puisqu'il se peut que ces commentaires suscitent un doute chez d'autres membres du tribunal, est une tentative flagrante d'influencer l'auteur — Elle soulève un doute quant à l'intégrité du processus et viole le principe de justice naturelle.

### **Canada (Procureur général) c. Degaris (1<sup>re</sup> inst.)..... 374**

Fonction publique — Relations du travail — Demande d'annulation de la décision de l'arbitre que le manque chronique de personnel n'est pas une excuse pour refuser un congé en vertu de la convention collective — L'art. 43 de la Loi d'interprétation exige l'application de la clause privative figurant à l'art. 101 de la L.R.T.F.P. — La décision de l'arbitre ne peut être révisée que si celui-ci a interprété d'une façon erronée la loi lui conférant sa compétence ou la convention collective — Comme les exigences énoncées aux art. 92 et 93 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique relativement au dépôt d'un grief ont été respectées, l'arbitre a la compétence pour entendre l'affaire — La norme de contrôle s'appliquant à l'interprétation de la convention collective est celle du caractère manifestement déraisonnable — L'interprétation des «nécessités du service» est conforme au libellé de la convention collective et elle est exacte — Rien dans la L.G.F.P. ou la L.R.T.F.P. n'interdit à l'arbitre de déterminer si les niveaux de dotation sont suffisants aux fins d'interpréter la convention collective — L'arbitre ne fait qu'exposer les conséquences de n'avoir pas tenu compte des dispositions de la convention collective lors des calculs de dotation — Il est loisible à l'arbitre de déterminer si les niveaux de dotation sont suffisants par rapport aux stipulations de la convention collective — Le rôle de l'arbitre n'est pas limité à déterminer si la raison invoquée est authentique ou si on a tenu compte de considérations non pertinentes.

### **Canada (Commission des droits de la personne) c. Heritage Front (1<sup>re</sup> inst.) ..... 203**

Pratique — Outrage au tribunal — Il échet d'examiner si les messages diffusés par une ligne directe violent l'ordonnance, rendue par la Cour en attendant la décision du tribunal des droits de la personne (TDP) sur la plainte, portant interdiction

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

nature, subject to criminal rules — Proof beyond reasonable doubt required for conviction — Not established beyond reasonable doubt messages contrary to Canadian Human Rights Act, s. 13(1) or substantially similar to specific hate messages prohibited by Court order — Federal Court Act, s. 44 invoked to enjoin respondents from operating hot-line until CHRT rules on complaint.

Federal Court jurisdiction — Respondents charged with contempt for violating interlocutory order, issued by Federal Court pending final disposition of complaint by CHRT, enjoining them from using hot-line to communicate hate messages — Contempt charge dismissed but, to prevent exacerbation of situation, Federal Court Act, s. 44 invoked to further enjoin operation of hot-line at all until CHRT rules on complaint.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of speech — Hate messages — Whether respondents in contempt of court for violating interlocutory order enjoining them from using hot-line to communicate hate messages — S.C.C. trilogy on hate messages considered.

### **Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) ..... 298**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from rejection of refugee claims based on exclusion clause in United Nations Convention — Board having "serious reasons for considering" male appellant, forcibly recruited into Salvadoran army at sixteen, committed crimes against humanity during military service — Degree of complicity, standard of proof at issue — Acts or omissions amounting to passive acquiescence not sufficient basis for invoking exclusion clause — Requisite element of *mens rea* lacking — Board also erred in dealing with female appellant's claim by failing to determine whether male appellant Convention refugee but for crimes against humanity.

### **Nguyen v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) ..... 232**

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Appeal from denial of *certiorari*, *mandamus* — Appellant, L.N., awaiting repatriation to Vietnam in Hong Kong detention camp as not meeting definition of Convention refugee — CIC telexing Hong Kong office Canadian sponsors filing undertak-

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pour les intimés d'utiliser cette ligne pour diffuser des messages haineux — Les poursuites pour outrage au tribunal sont des affaires pénales, soumises aux règles de droit pénal — Le verdict de culpabilité est subordonné à la preuve sans l'ombre d'un doute raisonnable — Il n'a pas été prouvé sans l'ombre d'un doute raisonnable que les messages en cause contreviennent à l'art. 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, ni qu'ils sont sensiblement les mêmes que les messages expressément interdits par l'ordonnance de la Cour — L'art. 44 de la Loi sur la Cour fédérale est invoqué pour interdire aux intimés de se servir de leur ligne directe en attendant que le TDP prononce sur la plainte.

Compétence de la Cour fédérale — Les intimés sont poursuivis pour outrage au tribunal pour violation de l'ordonnance interlocutoire qu'a rendue la Cour fédérale, en attendant la décision finale du TDP sur la plainte, pour leur interdire de diffuser des messages haineux par la ligne directe — La Cour rejette la poursuite pour outrage mais, afin de prévenir l'aggravation de la situation, invoque l'art. 44 de la Loi sur la Cour fédérale pour interdire l'utilisation de la ligne directe en attendant que le TDP prononce sur la plainte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — Messages haineux — Les intimés sont-ils coupables d'outrage au tribunal pour avoir violé l'ordonnance interlocutoire qui leur interdit de diffuser des messages haineux par ligne directe — Revue des trois arrêts de la Cour suprême du Canada sur les messages haineux.

### **Moreno c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) ..... 298**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel à l'encontre du rejet de revendications du statut de réfugié fondé sur la disposition d'exclusion attachée à la Convention des Nations Unies — La Commission avait «des raisons sérieuses de penser» que l'appelant, qui avait été recruté contre son gré par l'armée salvadorienne à l'âge de seize ans, avait commis des crimes contre l'humanité au cours de son service militaire — Le degré de complicité et la norme de preuve sont en litige — Les actes ou les omissions qui équivalent à un acquiescement passif ne permettent pas d'invoquer la disposition d'exclusion — L'élément de *mens rea* requis fait défaut — La Commission a également commis une erreur dans son appréciation de la revendication de l'appelante en ne décidant pas si l'appelant aurait été un réfugié au sens de la Convention n'eussent été des crimes contre l'humanité.

### **Nguyen c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) ..... 232**

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel contre le refus d'accorder une ordonnance de *certiorari*, de *mandamus* — L'appelant, L.N., attend, dans un camp de détention à Hong Kong, d'être rapatrié au Viêt-Nam car il ne satisfait pas à la définition de réfugié au sens de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

ing of support — Hong Kong visa officers not sending application for landing form to L.N. as inaccessible to Canadian officials, having failed Hong Kong Convention refugee screening — Although no decision to which *certiorari* applied, Minister and officials having duty to furnish application for landing form upon request, express or implied — Request implied from sponsorship undertaking — As L.N. not free agent, not expected to appear in person — Practice according to Immigration Manual to send forms — Cannot avoid duty by asserting will be prevented from carrying it out without making attempt.

Judicial review — Prerogative writs — *Mandamus* — Appeal from denial of *mandamus* requiring M.E.I. to process sponsorship application — Visa officers in Hong Kong not sending application for landing form to appellant awaiting repatriation to Vietnam in detention camp, although advised undertaking of support filed, as believed appellant, L.N. inaccessible because failed Hong Kong screening for Convention refugee status — Normal practice according to Immigration Manual to send form — Failure to comply with Manual, mere administrative directives, not necessarily breach of duty — Manual sets out sound administrative practice — Implied duty to furnish application form on request, express or implied — Request implied from sponsorship undertaking — Minister, officials cannot avoid duty by asserting will be prevented from carrying it out without trying.

### **Nuosci v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)** **(T.D.)..... 353**

RCMP — Major service offences — Special constable falsely accusing fellow officer of substance abuse — Application for judicial review of Commissioner's refusal to amend earlier decision dismissing appeal from Service Court's recommendation of discharge — RCMP Act, s. 45.16(8) permitting Commissioner to rescind, amend earlier decision on presentation of new facts or where error of fact or law — Alleged new facts: (1) RCMP not sharing in timely manner complaint received against witness testifying against applicant at Service Court hearing accusing said witness of offering woman drugs for sex; (2) applicant's counsel not advising Service Court of applicant's HIV positive status as mitigating factor — Commissioner correctly holding facts not new — Service Court aware of complaint against witness — Applicant aware of HIV positive status, even if counsel not — No error of fact or law.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Convention — Le CIC a envoyé un télex à Hong Kong indiquant qu'il y avait eu un engagement de parrainage au Canada — Les agents des visas à Hong Kong n'ont pas envoyé de formulaire de demande de droit d'établissement à L.N., les fonctionnaires canadiens n'ayant pas accès à l'appelant car il n'avait pas été sélectionné à titre de réfugié au sens de la Convention — Bien qu'il n'y ait aucune décision ouvrant droit à *certiorari*, le ministre et les fonctionnaires sont tenus de fournir un formulaire de demande de droit d'établissement sur demande expresse ou implicite — La demande ressortait de l'engagement de parrainage — Étant donné que L.N. n'était pas libre, on ne pouvait s'attendre à ce qu'il se présente en personne — Selon le guide de l'immigration, il est d'usage d'envoyer les formulaires — Le ministre et les fonctionnaires ne peuvent échapper à leur obligation en affirmant qu'ils seront empêchés de l'accomplir sans même avoir tenté de l'accomplir.

Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — *Mandamus* — Appel contre le refus d'accorder une ordonnance de *mandamus* exigeant que le M.E.I. traite la demande de parrainage — Les agents des visas à Hong Kong n'ont pas transmis le formulaire de demande de droit d'établissement à l'appelant, qui attend dans un camp de détention, d'être rapatrié au Viêt-Nam, bien qu'ils aient été avisés de la présentation d'un engagement de parrainage, car ils croyaient ne pas avoir accès à l'appelant parce qu'il n'avait pas été sélectionné à titre de réfugié au sens de la Convention — Selon le guide de l'immigration, il est d'usage d'envoyer le formulaire — Le non-respect des simples directives administratives du Guide ne constitue pas nécessairement une inexécution de l'obligation — Le Guide établit de saines pratiques administratives — Il existe une obligation implicite de transmettre le formulaire de demande sur demande, expresse ou implicite — La demande ressortait de l'engagement de parrainage — Le ministre et les fonctionnaires ne peuvent échapper à leur obligation en affirmant qu'ils seront empêchés de l'accomplir sans même avoir tenté de l'accomplir.

### **Nuosci c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)** **(1<sup>re</sup> inst.)..... 353**

GRC — Manquements graves au devoir — Gendarme spécial accusant fausement un autre membre d'avoir consommé de la drogue — Demande de contrôle judiciaire du refus du commissaire de modifier la décision par laquelle il avait rejeté l'appel de la recommandation du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire de licencier le requérant — L'art. 45.16(8) de la Loi sur la GRC permet au commissaire d'annuler ou de modifier sa décision si de nouveaux faits lui sont soumis ou s'il existe une erreur de fait ou de droit — Nouveaux faits allégués: (1) la GRC n'avait pas communiqué au requérant en temps opportun une plainte reçue contre une personne qui avait témoigné contre ce dernier à l'audience tenue par le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, accusant le témoin d'avoir offert de la drogue à une femme en échange de relations sexuelles; (2) l'avocat du requérant n'avait pas informé, comme facteur atténuant, le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire du

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — *R. v. Stinchcombe* holding common law right to make full answer and defence given new vigour after inclusion in Charter, s. 7 — Whether *Stinchcombe* applied to disciplinary hearing of major service offence under RCMP Act, carrying punishment of imprisonment for up to one year — Application of test in *R. v. Wigglesworth* to determine whether proceedings in respect of criminal or penal matter — As true penal consequences herein, application of *Stinchcombe* principles considered — Whether denied highest procedural protection known to law — Obligation to disclose not absolute, but Crown's discretion to determine relevance subject to judicial review — Commissioner correctly holding information not relevant to matter before Service Court.

### **Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (C.A.) ..... 330**

Citizenship and Immigration — Immigration practice — Convention refugee claim heard by two members of Refugee Division, but reasons signed by only one, other having ceased to hold office — Immigration Act, s. 69.1 providing two members constituting quorum for hearing purposes — One member may hear and determine claim if claimant consenting — Absent consent, claimant entitled to hearing by two-member panel — As s. 63(2) (permitting remaining member to make disposition where member who has ceased to hold office unable to participate therein) denying right accorded by Act, express consent of claimant required for recourse thereto — That Board's lawyers reviewing Refugee Division's reasons not giving rise to reasonable apprehension of bias — Refugee Division lay tribunal required to decide issues affecting life, liberty and security of person without benefit of legal input — Legal review of reasons desirable, not offending natural justice.

Judicial review — Decisions of Refugee Division reviewed by staff lawyers prior to release — Whether creating appearance offensive to natural justice principles — Question to be

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fait que son client était séropositif — Le commissaire a eu raison de juger que les faits n'étaient pas nouveaux — Le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire était au courant de la plainte portée contre le témoin — Le requérant savait qu'il était séropositif, même si son avocat ne le savait pas — Aucune erreur de fait ou de droit.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, il a été jugé que le droit de présenter une défense pleine et entière reconnu par la common law avait acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion à l'art. 7 de la Charte — Question de savoir si l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquait à l'audience disciplinaire tenue à la suite d'un manquement grave au devoir en vertu de la Loi sur la GRC, comportant une peine d'emprisonnement maximal d'un an — Application du critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth* aux fins de la détermination de la question de savoir si l'instance est de nature criminelle ou pénale — Étant donné qu'en l'espèce, il y avait de véritables conséquences pénales, il a été tenu compte de l'application des principes énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* — Question de savoir si le requérant a été privé de la meilleure protection qu'offre le droit en matière de procédure — L'obligation de divulgation n'est pas absolue, mais le pouvoir discrétionnaire que possède la Couronne de déterminer la pertinence est assujéti au contrôle judiciaire — Le commissaire a correctement jugé que les renseignements ne se rapportaient pas à l'affaire dont le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire était saisi.

### **Weerasinge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (C.A.) ..... 330**

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été entendue par deux membres de la section du statut de réfugié, mais un seul a signé les motifs, l'autre ayant cessé d'exercer sa charge — L'art. 69.1 de la Loi sur l'immigration prévoit que le quorum de la section du statut lors d'une audience est constitué de deux membres — Si l'intéressé y consent, son cas peut être jugé par un seul membre — En l'absence d'un consentement, l'auteur de la revendication a droit à une audience tenue par un tribunal composé de deux membres — Puisque l'art. 63(2) (qui permet aux autres membres de rendre la décision lorsqu'un membre ayant cessé d'exercer sa charge n'est pas en mesure de participer à la décision) nie au demandeur un droit conféré par la Loi, ce dernier doit consentir expressément à son application — L'examen des motifs de la section du statut de réfugié par les avocats de la commission ne suscite aucune crainte raisonnable de partialité — La section du statut de réfugié est un tribunal formé de non juristes qui sont tenus de trancher des questions qui mettent en jeu la vie, la liberté et la sécurité de la personne, sans bénéficier d'un apport juridique — Que des avocats du Ministère examinent les motifs est souhaitable, et ne viole pas la justice naturelle.

Contrôle judiciaire — Décisions de la section du statut de réfugié examinées par des avocats du Ministère avant leur publication — En découle-t-il une violation des principes de justice

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

approached as if deciding apprehension of bias allegation: whether informed person would think it more likely than not tribunal's decision influenced by staff lawyer's review — Staff lawyers not representing party — Minister rarely represented at Refugee Division hearings — RHO, claimants' representatives not necessarily legally qualified — Lay tribunal deciding claims involving life, liberty security — Legal review of reasons for decision desirable — Natural justice not offended — Review process open to abuse but no basis for concluding abuse herein.

## SOMMAIRE (Fin)

naturelle? — La question doit être examinée comme s'il s'agissait de se pencher sur une allégation de partialité: la personne renseignée estimerait-elle vraisemblable que la décision du tribunal a été influencée par l'opinion des avocats qui en ont examiné les motifs? — Les avocats du Ministère ne représentent pas une partie — Le ministre est rarement représenté aux auditions de la section du statut de réfugié — L'agent d'audience et les conseillers des demandeurs ne sont pas nécessairement compétents en droit — Un tribunal formé de non juristes se prononce sur des revendications qui mettent en jeu la vie, la liberté et la sécurité de la personne — L'examen par des avocats des motifs d'une décision est souhaitable — Aucune violation de la justice naturelle — Le processus d'examen risque d'entraîner des abus, mais rien ne permet de conclure qu'il y a eu abus dans la présente affaire.

**Canada  
Federal Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour fédérale  
du Canada**

**1994, Vol. 1, Part 2**

**1994, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-1539-92

T-1539-92

**Canadian Human Rights Commission (Applicant)****La Commission canadienne des droits de la personne (requérante)**

v.

a c.

**The Heritage Front and Wolfgang Droege (Respondents)****The Heritage Front et Wolfgang Droege (intimés)***INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. HERITAGE FRONT (T.D.)**b RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. HERITAGE FRONT (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Joyal J.—Toronto, October 8, 1993.

Section de première instance, juge Joyal—Toronto, 8 octobre 1993.

*Practice — Contempt of court — Whether hot-line messages violating Court order, issued pending disposition of complaint by CHRT, enjoining respondents from using hot-line to communicate hate messages — Contempt proceedings criminal in nature, subject to criminal rules — Proof beyond reasonable doubt required for conviction — Not established beyond reasonable doubt messages contrary to Canadian Human Rights Act, s. 13(1) or substantially similar to specific hate messages prohibited by Court order — Federal Court Act, s. 44 invoked to enjoin respondents from operating hot-line until CHRT rules on complaint.*

*c Pratique — Outrage au tribunal — Il échet d'examiner si les messages diffusés par une ligne directe violent l'ordonnance, rendue par la Cour en attendant la décision du tribunal des droits de la personne (TDP) sur la plainte, portant interdiction pour les intimés d'utiliser cette ligne pour diffuser des messages haineux — Les poursuites pour outrage au tribunal sont des affaires pénales, soumises aux règles de droit pénal — Le verdict de culpabilité est subordonné à la preuve sans l'ombre d'un doute raisonnable — Il n'a pas été prouvé sans l'ombre d'un doute raisonnable que les messages en cause contreviennent à l'art. 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, ni qu'ils sont sensiblement les mêmes que les messages expressément interdits par l'ordonnance de la Cour — L'art. 44 de la Loi sur la Cour fédérale est invoqué pour interdire aux intimés de se servir de leur ligne directe en attendant que le TDP prononce sur la plainte.*

*Federal Court jurisdiction — Respondents charged with contempt for violating interlocutory order, issued by Federal Court pending final disposition of complaint by CHRT, enjoining them from using hot-line to communicate hate messages — Contempt charge dismissed but, to prevent exacerbation of situation, Federal Court Act, s. 44 invoked to further enjoin operation of hot-line at all until CHRT rules on complaint.*

*d Compétence de la Cour fédérale — Les intimés sont poursuivis pour outrage au tribunal pour violation de l'ordonnance interlocutoire qu'a rendue la Cour fédérale, en attendant la décision finale du TDP sur la plainte, pour leur interdire de diffuser des messages haineux par la ligne directe — La Cour rejette la poursuite pour outrage mais, afin de prévenir l'aggravation de la situation, invoque l'art. 44 de la Loi sur la Cour fédérale pour interdire l'utilisation de la ligne directe en attendant que le TDP prononce sur la plainte.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of speech — Hate messages — Whether respondents in contempt of court for violating interlocutory order enjoining them from using hot-line to communicate hate messages — S.C.C. trilogy on hate messages considered.*

*e Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — Messages haineux — Les intimés sont-ils coupables d'outrage au tribunal pour avoir violé l'ordonnance interlocutoire qui leur interdit de diffuser des messages haineux par ligne directe — Revue des trois arrêts de la Cour suprême du Canada sur les messages haineux.*

The respondents had been enjoined from using a "hot-line" to communicate hate messages, and in particular, any message substantially similar in form or content to specific messages identified by the Court. This order was made pending final disposition, by a Canadian Human Rights Tribunal, of a complaint against the respondents, under subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, with respect to the communication of hate messages. This was a charge of contempt for

*f Interdiction avait été faite aux intimés de se servir d'une ligne directe pour diffuser des messages haineux et, en particulier, de tout message ayant sensiblement la même forme ou la même teneur que ceux que la Cour avait expressément interdits. Cette ordonnance avait été rendue en attendant qu'un tribunal des droits de la personne prononce sur la plainte portée contre les intimés en application du paragraphe 13(1) de la Loi canadienne sur les droits de la personne, au sujet de la diffu-*

breaching that order by making available further allegedly similar hot-line messages.

*Held*, the contempt charge should be dismissed, but the respondents further enjoined, under the authority of section 44 of the *Federal Court Act*, from operating their hot-line until the CHRT has ruled on the complaint.

The narrowly split decisions of the Supreme Court of Canada in the hate messages trilogy (*Keegstra*, *Zundel* and *Taylor*) illustrate the problems of according legitimacy to statutory constraints on freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. In subjecting our value systems to a positivistic judicial test, the courts are entering into a field of secular theology.

Contempt proceedings are criminal in nature and the usual doctrine of presumption of innocence and proof beyond a reasonable doubt apply to them. After hearing expert testimony as to the form and content of the messages, it had not been established beyond reasonable doubt that the impugned messages were of a nature likely to expose persons to hatred and contempt. It will be the responsibility of the Tribunal to make a finding on them, free from the constraints imposed on a court in contempt proceedings.

Nor was it established beyond a reasonable doubt that the messages communicated since the date of the order were substantially similar in form and content to those specified therein. They were, however, of a nature that would exacerbate the situation and lead to repeated recourse to and intervention by the Court.

To prevent this, section 44 of the *Federal Court Act*, which gives the Court jurisdiction to make such orders as appear just and convenient, should be invoked to enjoin the respondents from operating their hot-line until the Canadian Human Rights Tribunal has ruled on the complaint currently before it. Given that the hot-line was not a means of mass communication, this was a minimal restriction on activities which otherwise might be legally open to the respondents.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 15, 27.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 5, 13(1), 14, 49(1.1) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66).
- Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 13(1).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 181, 319(2).
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 44.

sion de messages haineux. Il y a en l'espèce poursuite pour outrage au tribunal contre les intimés qui auraient continué à diffuser par la ligne directe des messages similaires.

*Jugement*: il faut rejeter l'action en outrage au tribunal, mais il est interdit, en vertu de l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale*, aux intimés de se servir de leur ligne directe en attendant que le TDP prononce sur la plainte.

Les trois décisions rendues par la Cour suprême du Canada à une majorité ténue en matière de messages haineux (*Keegstra*, *Zundel* et *Taylor*) font ressortir la difficulté qu'il y a à légitimer certaines contraintes légales attachées à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. En soumettant nos systèmes de valeur à l'épreuve judiciaire positiviste, les tribunaux entrent de plain-pied dans le domaine de la théologie séculière.

Les poursuites pour outrage au tribunal sont des affaires pénales, auxquelles s'appliquent les principes de la présomption d'innocence et de la preuve sans l'ombre d'un doute raisonnable. À la lumière des témoignages d'experts sur la forme et la teneur des messages en cause, il n'a pas été établi sans l'ombre d'un doute raisonnable que ceux-ci sont susceptibles d'exposer des personnes à la haine et au mépris. Il appartiendra au tribunal de se prononcer à ce sujet, sans les contraintes qui s'imposent au tribunal judiciaire saisi d'une instance d'outrage au tribunal.

Il n'a pas été non plus établi sans l'ombre d'un doute raisonnable que les messages diffusés depuis la date de l'ordonnance avaient essentiellement la même forme et la même teneur que les messages visés par cette ordonnance. Ils sont cependant de nature à ajouter à l'antagonisme et à ouvrir la porte à la multiplication des recours à notre Cour et de ses interventions.

Pour les prévenir, il y a lieu d'invoquer l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui habilite la Cour à rendre toute ordonnance selon qu'elle juge juste et opportun de le faire, pour interdire aux intimés de se servir de leur ligne directe en attendant que le tribunal des droits de la personne prononce sur la plainte dont il a été saisi. Attendu que la ligne directe n'est pas un moyen de communications de masse, pareille interdiction impose une restriction minimale sur les activités licites des intimés.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b), 15, 27.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 181, 319(2).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5, 13(1), 14, 49(1.1) (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 66).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 13(1).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 44.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## CONSIDERED:

*R. v. Keegstra*, [1970] 3 S.C.R. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *a*  
*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; 117 N.R. 191. *b*

## REFERRED TO:

*Beddow v. Beddow* (1878), 9 Ch.D. 89; *Re B.C. Govt. Employees' Union* (1983), 48 B.C.L.R. 1 (S.C.); affd (1985), 64 B.C.L.R. 113 (C.A.); affd *sub nom. B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214. *c*

CHARGE OF CONTEMPT against the respondents for breaching an order enjoining them from using their hot-line to communicate hate messages. Charge dismissed, but the respondents were further enjoined from operating their hot-line until the Canadian Human Rights Tribunal has ruled on the complaint before it. *d*

## COUNSEL:

*William F. Pentney* for applicant.  
*George A. Wootten* and *Harold J. Doan* for respondents. *f*

## SOLICITORS:

*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for applicant.  
*George Wootten*, Etobicoke, Ontario and *Harold J. Doan*, Toronto, for respondents. *g*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

JOYAL J.: This Court is seized of a charge of contempt against the respondents for breaches of the order of this Court dated September 29, 1992, corrected on January 19, 1993, which reads as follows:

This Court orders that the respondents, The Heritage Front and Wolfgang Droege, by themselves or by their servants, agents or otherwise, and anyone having knowledge of the said Order, be restrained and enjoined until final Order is rendered in the proceedings before the Canadian Human Rights Tribunal (Files No. T-41854 and T-41855) commenced by the Native Canadian Centre, from communicating or causing to be communi-

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Keegstra*, [1970] 3 R.C.S. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; (1990), 75 D.L.R. (4th) 577; 13 C.H.R.R. D/435; 3 C.R.R. (2d) 116; 117 N.R. 191.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Beddow v. Beddow* (1878), 9 Ch.D. 89; *Re B.C. Govt. Employees' Union* (1983), 48 B.C.L.R. 1 (S.C.); conf. par (1985), 64 B.C.L.R. 113 (C.A.); conf. par, sous l'intitulé de cause *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214.

POURSUITE POUR OUTRAGE AU TRIBUNAL contre les intimés pour violation de l'ordonnance leur interdisant de diffuser des messages haineux par leur ligne directe. Poursuite rejetée, mais il est interdit aux intimés de se servir de leur ligne directe en attendant que le tribunal des droits de la personne prononce sur la plainte dont il a été saisi. *e*

## AVOCATS:

*William F. Pentney* pour la requérante.  
*George A. Wootten* et *Harold J. Doan* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour la requérante.  
*George Wootten*, Etobicoke (Ontario), et *Harold J. Doan*, Toronto, pour les intimés.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE JOYAL: Il y a en l'espèce poursuite pour outrage au tribunal contre les intimés qui auraient violé l'ordonnance rendue par cette Cour le 29 septembre 1992 et corrigée le 19 janvier 1993, laquelle ordonnance dispose: *h*

[TRADUCTION] La Cour, en attendant l'ordonnance définitive du tribunal des droits de la personne dans cette instance (numéros du greffe T-41854 et T-41855) intentée par le Native Canadian Centre, interdit aux intimés, The Heritage Front et Wolfgang Droege, de communiquer, directement ou par personne interposée, des messages téléphoniques susceptibles d'exposer des personnes à la haine ou au mépris du fait que ces personnes

cated, by telephonic means, messages that are likely to expose persons to hatred or contempt by reason of the fact that those persons are identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour or religion, and in particular, the messages attached as Exhibit "A" and "B" to the affidavit of Rodney Bobiwash, sworn June 24, 1992, or any other messages of substantially similar form and content.

### THE BACKGROUND

The issue has its origins in a complaint made by the above-named Rodney Bobiwash to the applicant Canadian Human Rights Commission, alleging that certain telephonic messages delivered *via* hot-line by the respondents were contrary to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6]. The text of these messages may be found in Appendices I and II of these reasons.

The complainant alleged that these messages were likely to expose persons identifiable on the basis of ethnic origins, to hatred and contempt. The Commission launched an investigation and on the basis of the evidence before it, its President, on May 26, 1992, and pursuant to subsection 49(1.1) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 66] of the Act, appointed a Tribunal to inquire fully into the matter.

Shortly thereafter, on June 24, 1992, the applicant Commission asked this Court that the respondents be prohibited from delivering further hot-line messages like those of the subject complaint until the Canadian Human Rights Tribunal had ruled on them. This application was heard before the Associate Chief Justice and, on consent of the parties, the order previously cited was issued.

Subsequently, the Commission had reason to believe that the respondents were defying the Court's order. It issued proceedings against the respondents for contempt of court and the matter finally came on for trial before me in Toronto on February 23, 1993. The trial continued on April 6 and again on August 17 and 18, and concluded on August 19, 1993.

The issue before the Canadian Human Rights Tribunal deals in plain terms with what is currently called racist literature. The respondents do not deny that their purpose is to promote White racism against what they call the onslaught of Black and Asian

appartiennent à un groupe identifiable par son origine nationale ou ethnique, sa couleur ou sa religion, en particulier les messages joints à titre de pièces «A» et «B» à l'affidavit établi sous serment le 24 juin 1992 par Rodney Bobiwash, ou tout autre message ayant sensiblement la même forme ou la même teneur.

### LES FAITS DE LA CAUSE

Cette affaire a son origine dans une plainte faite auprès de la requérante Commission canadienne des droits de la personne par le susnommé Rodney Bobiwash, selon lequel certains messages communiqués par la ligne téléphonique directe des intimés contrevenaient au paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6]. Le texte de ces messages est reproduit aux annexes I et II des présents motifs.

Selon la plainte en question, ces messages étaient susceptibles d'exposer à la haine et au mépris des personnes appartenant à un groupe ethnique identifiable. La Commission a ouvert une enquête et, sur la foi des preuves produites, son président a, conformément au paragraphe 49(1.1) [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 66] de la Loi, constitué le 26 mai 1992 un tribunal pour instruire l'affaire.

Peu de temps après, soit le 24 juin 1992, la Commission requérante s'est adressée à cette Cour pour lui demander d'interdire aux intimés de continuer à diffuser par leur ligne directe des messages téléphoniques du même genre que ceux visés par la plainte, en attendant que le tribunal des droits de la personne se prononce à ce sujet. La requête a été entendue par le juge en chef adjoint qui, du consentement des parties, a rendu l'ordonnance, *supra*.

Par la suite, la Commission a eu lieu de croire que les intimés ne respectaient pas l'ordonnance de la Cour. Elle les a cités pour outrage au tribunal; j'ai finalement entendu l'affaire à Toronto le 23 février 1993. Le procès a repris le 6 avril, puis les 17 et 18 août, et a pris fin le 19 août 1993.

La question dont est saisi le tribunal des droits de la personne porte sur ce qu'on appelle de nos jours le discours raciste. Les intimés ne nient pas qu'ils aient pour propos de promouvoir le racisme blanc contre ce qu'ils appellent l'afflux d'immigrants noirs et asia-



immigrants on Canadian shores and against what they perceive to be the increasing demands of Canadian Aboriginals for self-rule and compensation for lands from which the white man has illegally deprived them.

One may then generalize on the kind of messages which the respondents are giving out to anyone who cares to phone this hot-line. These messages are critical of non-selective immigration policies; they decry the changes in the urban landscape of Canadian cities by the ever larger groups of non-European immigrants and the consequent erosion of white European values; they are critical of government policies towards Aboriginal claims generally. Even such a sacred cow as Canada's constitutionally-entrenched policy on official bilingualism is the subject of critical comment.

To what constituency is that racist message addressed? It is clear to me that whereas there may be an incipient or atavistic degree of racism in everyone which, in a Canadian context, has become known as the exclusive attribute of a white majority, it does not necessarily follow that this majority is homogeneous or that its values or its human characteristics are common to everyone in that group. Perhaps the only thing which that majority has in common is a common skin pigment. Within its multitudes may be found identifiable cultural groups, language groups, religious groups, as well as identifiable occupational and economic groups, all of which defy the monolithic image which contemporary sociologists, psychologists and anthropologists ascribe to it. Within the category of economic standing, where is the group—relatively inarticulate and insecure, without any institutional leverage to voice its preoccupations and concerns—which would not find the respondents' message of singular attraction? Do not the numbers of that group represent an identifiable minority? How obvious it might be, as one reads the plethora of literature and comment on racist activities, that it is from within this particular segment of our community that racist groups find their constituency. Leaders and adherents of these groups are not the product of institutes of higher learning nor, with their hard hats, do they have ready entry into Riverdale or Westmount or Tuxedo Park. Nor are

tiques au Canada et contre ce qui paraît à leurs yeux les demandes croissantes des autochtones canadiens d'autonomie politique et d'indemnisation des terres dont l'homme blanc les avait illégalement déposés.

On peut donc se faire une idée générale du genre de messages que les intimés font tenir à quiconque appelle cette ligne directe. Ces messages critiquent la politique d'immigration non sélective; ils décrient l'altération de la physionomie des villes canadiennes par les immigrants non européens qui sont de plus en plus nombreux et l'érosion des valeurs des Blancs européens qui en résulte; ils attaquent aussi les politiques gouvernementales vis-à-vis des revendications d'autochtones en général. Même une vache sacrée comme la politique de bilinguisme officiel, consacrée dans la Constitution du pays, n'échappe pas à leur critique.

Quel est l'auditoire de ce discours raciste? Il me paraît clair que s'il peut y avoir en chacun de nous une germe de racisme atavique qui, dans le contexte canadien, passe pour être l'apanage exclusif d'une majorité blanche, il ne s'ensuit pas nécessairement que cette majorité est homogène ou que tous ses membres partagent ses valeurs ou ses caractéristiques humaines. Peut-être la seule chose que cette majorité ait en commun est-elle le pigment de la peau. Au sein de sa multitude, on peut trouver des groupes culturels, linguistiques, religieux identifiables, de même que des groupes identifiables par l'occupation ou par le niveau économique, autant d'éléments qui contredisent l'image monolithique que lui prêtent sociologues, psychologues et anthropologues. Si on considère la catégorie économique, quel groupe—relativement incapable de s'exprimer, pétri de sentiments d'insécurité et dépourvu de moyen d'expression de ses soucis et préoccupations—ne trouverait-il pas particulièrement attrayant le message des intimés? Les membres de ce groupe ne représentent-ils pas par leur nombre une minorité identifiable? Aussi évident que cela puisse être, il ressort de la grande quantité d'écrits et de commentaires sur les activités racistes que c'est dans cette couche sociale que les groupes racistes trouvent leur auditoire. Leurs dirigeants et partisans ne sont pas les produits des établissements d'enseignement supérieur et, avec leur casque dur, ils n'ont pas non plus leurs entrées à

they likely to be the subject of fashionable profiles in glossy magazines. Racist groups identify with this undefinable powerless working class and they are there to provide a voice, an explanation of their frustrations and insecurities as well as the kind of exposure they have not hitherto enjoyed. In their minds, it sort of makes up for the exposure that racial, ethnic and Aboriginal minorities are getting through mainstream media and intelligentsia preoccupations. It is, in my mind, an innate, visceral feeling: if I cannot be invited to your party, I'll organize one of my own.

In this generally pro-White or racist policy, the respondents are of course targeting those racial, ethnic or other identifiable minorities who, as minorities generally, have a higher level of susceptibility to the less than subtle messages from the respondents. These minorities are especially concerned by reason of their belief that they are protected by a constitutionally guaranteed policy of multiculturalism and by the non-discrimination clause of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. They fear that racist policies might slowly erode the public's respect for and adherence to these important values and effectively reduce these constitutional guarantees to mere bits of paper. The fact is that, as new immigrants or as Aboriginals, they are mostly at the bottom of the economic pile. They may be said to be fighting on two fronts: one to overcome the evident obstacles to the good life and the other to do so in a climate of peace and harmony.

Perhaps if pushers for White racism were left alone with their fringe jackbooters to beat their drums in isolation, their influence on community relationships would be merely a parody of what happened in the Third Reich earlier in this century. The labels of neo-nazism or neo-fascism attach readily to their activities, but most of these activities would appear to be media events where the members of the press are disproportionate to the number of participants. The few adherents follow their scenario with "Sieg Heil's"

Riverdale, à Westmount ou à Tuxedo Park. De même, ils n'ont guère de chances de faire la page mondaine des magazines chic. Les groupes racistes s'identifient avec cette classe laborieuse indéfinissable et dénuée de pouvoir, et ils sont là pour lui servir de porte-voix, pour lui fournir une explication de ses frustrations et de ses sentiments d'insécurité, de même qu'ils lui assurent une publicité dont elle ne jouit pas jusqu'ici. Dans l'esprit de ces gens, cela compense en quelque sorte la publicité accordée aux minorités ethniques et aux autochtones par les préoccupations de la presse orthodoxe et de l'intelligentsia. Il s'agit là, à mon avis, d'un sentiment inné, viscéral: si je ne suis pas invité à votre soirée, je vais en organiser une chez moi.

Dans cette poursuite généralement pro-Blancs ou raciste, les intimidés prennent naturellement pour cible ces minorités raciales, ethniques ou autres minorités identifiables qui, à ce titre, sont plus vulnérables à leurs messages plutôt grossiers. Ces minorités sont d'autant plus préoccupées qu'elles se croient protégées par la politique de multiculturalisme enchâssée dans la Constitution et par la garantie de non-discrimination de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Elles craignent que le discours raciste ne détruise le respect et le soutien du public pour ces importantes valeurs et ne réduise à néant ces garanties constitutionnelles. Le fait est que, en leur qualité d'immigrants ou d'autochtones, ils se trouvent pour la plupart au bas de l'échelle économique. On pourrait dire qu'ils doivent lutter sur deux fronts: il leur faut surmonter les obstacles qui leur barrent le chemin vers une vie satisfaisante et il faut que ce soit dans un climat de paix et d'harmonie.

Peut-être si on ignorait ces promoteurs de racisme blanc et les laissait s'égosiller seuls avec leurs nazis d'opérette, leur influence sur les relations communautaires ne serait qu'une parodie de ce qui se passait dans le troisième Reich au début du siècle. On peut facilement qualifier leurs activités de néo-nazies ou de néo-fascistes, mais il s'agit surtout de manifestations montées en épingle par la presse, où le nombre de journalistes présents est hors de proportion avec celui des participants. Les quelques partisans jouent

and Nazi salutes, proudly display their swastika tatoos and the media lap it up like mother's porridge.

Groups like the respondents, however, are not left alone on the playing field. Multicultural policies have enabled identifiable minority groups to form community organizations to provide overt opposition to advocates of racist policies. In Toronto, the anti-racist movement clamours just as much for media coverage by way of meetings and demonstrations and other activities. As a result, there have been confrontations with the respondents which became so nasty that the riot police had to intervene. Since that time, security forces are on the alert whenever either group organizes any public manifestation of its individual creed.

These observations are meant not merely to indicate somewhat superficially the sociological discipline to which these issues are subjected, but more to underline that courts, having traditionally been called upon to decide issues on the basis of hard facts—the kind of rummage room in which trial judges find their judicial role—are now having to inquire, as in the case before me, into what might otherwise be called soft data, i.e. assertions which are not the product of objective inquiry, but are intellectualized observations expressed in esoteric language and reflecting in most instances conflicting ideologies. Such observations are usually the role ascribed to philosophers who provide the court with their erudite opinions. As in the case before me, or as in any issue touching upon race discrimination, hate literature, sexual orientation and the like, it might perhaps be said that philosophers are now finding courts to their liking.

The result is that a community like Canada having put into constitutional doctrine social values expressed in words which are so conceptual that their meaning is more a matter of dialectic than otherwise (witness the constitution of the former USSR, which in its text is the quintessence of a free and democratic system of government, but where the concepts involved have a particular Marxist or Hegelian logic to them), it is no wonder that contemporary enquiry into the range of opinions and the limits of unfettered

leur scénario avec des «Sieg Heil» et des saluts nazis, exhibent fièrement leurs tatouages de croix gammée et la presse s'en délecte.

Il se trouve cependant que les groupes du genre des intimés n'ont pas le loisir de jouer tout seuls. L'application des politiques multiculturelles a permis à des minorités identifiables de former des organisations communautaires pour combattre ouvertement les défenseurs du discours raciste. À Toronto, le mouvement antiraciste demande tout autant l'attention de la presse par ses réunions, ses manifestations et autres activités. Il en résulte des confrontations avec les intimés, confrontations si violentes que la police anti-émeutes a dû intervenir. Depuis, la police est en état d'alerte chaque fois que l'un ou l'autre groupe organise une manifestation publique de ses convictions.

Les observations ci-dessus ne visent pas seulement à indiquer, de façon plus ou moins superficielle, la discipline sociologique dont relèvent ces questions, mais davantage à souligner que les tribunaux, traditionnellement appelés à juger à la lumière de faits concrets—c'est-à-dire le bric-à-brac dans lequel fouille le juge des faits pour exercer son rôle juridictionnel—doivent maintenant examiner, comme c'est le cas en l'espèce, des notions abstraites, c'est-à-dire des assertions qui ne sont pas le produit de l'investigation objective, mais d'observations intellectualisées, exprimées dans un langage ésotérique et traduisant dans la plupart des cas des idéologies contraires. Ces observations sont habituellement l'apanage des philosophes, qui partagent avec le tribunal leurs opinions érudites. Dans l'affaire en instance, comme dans toute question touchant la discrimination raciale, la littérature haineuse, les tendances sexuelles, etc., on pourrait dire que les philosophes commencent maintenant à trouver les tribunaux à leur goût.

Il en résulte que dans une société comme le Canada qui a érigé en doctrine constitutionnelle des valeurs sociales exprimées en termes si conceptuels que leur sens est plus question de dialectique qu'autre chose (comme cela a été le cas de la constitution de l'ancienne URSS, qui dans son texte est l'essence même d'un régime libre et démocratique, mais qui est formée de concepts doués d'une logique particulièrement marxiste ou hégélienne), il n'est pas étonnant que de nos jours, la recherche relative à l'éventail des

freedom under the newly-founded Canadian constitution is destined to be a more cosmic search into areas hitherto left to academic profundities.

And so, with particular reference to what interpretation the courts have given to freedom of speech under section 2 of the Charter, to the more sectional approach to individual anti-discrimination provisions under section 15 and to the more collective provisions of sections 35 [*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and 27 of the Charter, the mind muses on the extent to which the conflicting values inherent in both the individual and collective approach to rights and freedoms in our Constitution can be interpreted or reconciled. The thrust imposed on Canada's Supreme Court in that regard has been, everyone will admit, a very arduous one. As was noted by an eminent jurist in a recent issue of *L'Actualité*, [TRANSLATION] "law is adversarial or 'binary' and blind to shades of grey in ethical dilemmas".

### THE STATUTORY CONTEXT

To better understand the position of this Court by reason of the particular nature of these proceedings, one must first of all keep in mind that contempt proceedings are criminal in nature and the usual doctrine of presumption of innocence and proof beyond a reasonable doubt apply to them. Secondly, one must keep in mind the history of legislative enactments and judicial pronouncements on the subject of discrimination, hate literature, the dissemination of false news and the like. These have been laboriously examined in order to provide some guidance to the community as to what it can and cannot do. The task has not been easy.

With respect to hate or racist literature, and the spreading of false news, a trilogy of Supreme Court decisions bears this out. In the *R. v. Keegstra* case [1990] 3 S.C.R. 697, by a four to three majority, the Supreme Court of Canada upheld the validity of subsection 319(2) of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] prohibiting the dissemination of hate propaganda. In the case of *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, again by a bare four to three majority, the Court

opinions et aux limites de la liberté totale que garantit la nouvelle constitution canadienne soit une recherche plus cosmique dans des sphères jusqu'ici réservées à l'érudition académique.

<sup>a</sup> Ainsi donc, pour ce qui est de savoir en particulier quelle interprétation les tribunaux ont donnée de la liberté d'expression que garantit l'article 2 de la Charte, de l'approche plus sectorielle des dispositions antidiscriminatoires sur le plan individuel de l'article 15 et des dispositions plus collectives des articles 35 [*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] et 27 de la Charte, on se demande dans quelle mesure les valeurs opposées qui sont inhérentes aux deux approches individuelle et collective des droits et libertés dans notre constitution peuvent être interprétées ou conciliées. La responsabilité qui incombe à cet égard à la Cour suprême du Canada est bien lourde. Ainsi que l'a fait observer un éminent juriste dans un récent numéro de *L'Actualité*, la loi est conflictuelle ou «binaire», elle ne tient pas compte des zones grises dans un cas de dilemme éthique.

### LE CONTEXTE LÉGISLATIF

<sup>f</sup> Pour mieux saisir la position de notre Cour eu égard à la nature particulière de cette instance, il faut se rappeler en tout premier lieu que les poursuites pour outrage au tribunal sont des affaires pénales, auxquelles s'appliquent les principes de la présomption d'innocence et de la preuve sans l'ombre d'un doute raisonnable. En second lieu, il faut se rappeler l'histoire de la législation et de la jurisprudence en matière de discrimination, de littérature haineuse et de diffusion de fausses nouvelles, etc. Elles ont été laborieusement analysées afin d'éclairer la société sur ce qu'elle peut ou ne peut pas faire, et le travail n'a pas été facile.

<sup>g</sup> Le discours haineux ou raciste et la dissémination de fausses nouvelles ont fait l'objet de trois arrêts de la Cour suprême du Canada. Dans l'affaire *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, elle a confirmé à la majorité de quatre voix contre trois, la validité du paragraphe 319(2) du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] qui interdit la dissémination de la propagande haineuse. Dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, elle a, toujours avec une mince majorité de

declared unconstitutional section 181 of the *Criminal Code* prohibiting the spreading of false news. Finally, in the case of *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, the Supreme Court upheld the constitutional validity of subsection 13(1) <sup>a</sup> of the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33] by declaring that the kind of prohibition set out therein was, in terms of our fundamental constitutional values, protected by section 1 of the Charter. I need not remind the parties that in that case, the Supreme Court split five to four, again a bare majority. <sup>b</sup>

It will be evident that in subjecting the foregoing value systems to positivistic judicial test, the courts are entering into a field of secular theology, a field not far removed from that exercised by theologians in the Middle Ages, and whose pronouncements have often become today the butt of fashionable ridicule. Heaven forbid that our new approach should later suffer the same fate. <sup>c</sup>

#### FACTS BEFORE THIS COURT

The respondents are charged with a breach of an order of this Court. That order enjoins them from sending out messages that are likely to expose persons in an identifiable group to hatred and contempt. That injunction is textually the same as subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, and on the subject of which a Tribunal has been set up to investigate and rule accordingly. <sup>d</sup>

To the messages from the respondents attached to the affidavit of Rodney Bobiwash referred to in the above order are filed a number of messages subsequently given out on the respondents' hot-line and transcribed. They are appended to these reasons chronologically as Appendix III to Appendix XII. All of these messages, as well as messages recorded prior to the date of the Court's order, are the subject of evidence by an eminent expert in linguistics and by an equally eminent anthropologist. <sup>e</sup>

quatre voix contre trois, conclu à l'inconstitutionnalité de l'article 181 du *Code criminel* qui interdit la diffusion de fausses nouvelles. Enfin, dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, elle a confirmé la validité constitutionnelle du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, ch. 33] en jugeant que l'interdiction qui y est prévue est, sur le plan de nos valeurs constitutionnelles fondamentales, justifiée au regard de l'article premier de la Charte. Je n'ai pas besoin de rappeler aux parties en présence que dans cette dernière affaire, la Cour suprême a prononcé à la majorité de cinq voix contre quatre, donc une très mince majorité. <sup>f</sup>

Il est évident qu'en soumettant les systèmes de valeur ci-dessus à l'épreuve judiciaire positiviste, les tribunaux entrent de plain-pied dans le domaine de la théologie séculière, un domaine qui n'est pas trop éloigné de celui où s'exerçaient les théologiens du Moyen Âge, dont les déclarations sont souvent tournées en ridicule de nos jours. Le ciel préserve notre nouvelle approche du même sort. <sup>g</sup>

#### LES FAITS DE LA CAUSE

Les intimés sont accusés d'inobservation d'une ordonnance de cette Cour, qui leur interdit de diffuser des messages susceptibles d'exposer à la haine et au mépris des personnes appartenant à un groupe identifiable. Cette injonction a un libellé identique à celui du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, et elle porte sur une question au sujet de laquelle un tribunal a été constitué pour faire enquête et prononcer en conséquence. <sup>h</sup>

En sus des messages des intimés, joints à l'affidavit de Rodney Bobiwash dont fait état l'ordonnance susmentionnée, ont été versées au dossier les transcriptions d'un certain nombre de messages subscritivement diffusés par leur ligne directe. Elles sont jointes aux présents motifs par ordre chronologique, et marqués annexes III à XII. Tous ces messages, de même que ceux qui avaient été enregistrés avant la date de l'ordonnance, *supra*, de la Cour, ont fait l'objet du témoignage d'une linguiste éminente ainsi que d'une anthropologue non moins éminente. <sup>i</sup>

The contributions by the linguistics expert, Dr. Susan Erlich, is to analyze the form and content of these messages. Her approach, in the language of her expertise, is discourse analysis. Language, she says, reflects ideology. In the messages of the nature before the Court, all of which she examined thoroughly, she looks for rhetorical strategies as indicated by sentence structure, word choice and repetition, the kind of thematic repetition found in Ravel's *Bolero*. As in the message attached as Exhibit "B" to the Bobiwash affidavit, relating to Aboriginal claims, she notes statements that the claims are flooding Canadian courts, that they are ridiculous, silly, and wasteful of taxpayers' money. She then finds what she terms a technique of reverse strategy in reference to a hot-line statement that the Indians might have a history of brutal tortures and killings, nevertheless they enjoy tax-free status and hunting rights all year long. These are privileges that Whites don't enjoy. The Whites are the victims.

The witness then analyzes the message in Exhibit "A" of the Bobiwash affidavit and describes the emotional stimulation found in it. The message says that in the face of Indian claims, one should renounce Canadian citizenship, find an Indian to whom all of one's property is ceded and crawl into a hole and die. The message then addresses the issue of immigration from the Third World. There is a lot of empty land in Canada, it says, but the majority of immigrants move to our cities which are already overcrowded, thereby contributing to rising housing costs, crime, traffic congestion, etc.

The witness then proceeds to make a similar analysis of some 15 other messages filed on the record and given over the respondents' hot-line at various times in 1992 and 1993. She finds the same kind of rhetorical strategies: the need for racial homogeneity, the danger of multiculturalism, the problems of affirmative action, the victimization of whites, the prejudice

La contribution de l'experte en linguistique, Mme Susan Erlich, consiste en l'analyse de leur forme et de leur teneur. Sa méthode se dit, dans le vocabulaire de son domaine d'expertise, analyse du discours. Le langage, dit-elle, trahit l'idéologie. Dans les messages produits devant la Cour, qu'elle a tous soigneusement étudiés, elle recherche les stratégies rhétoriques telles qu'elles se manifestent par la structure de la phrase, le choix et la répétition des mots, et le genre de répétition thématique qu'on trouve par exemple dans le *Boléro* de Ravel. Tout comme dans le message joint à titre de pièce «B» à l'affidavit de Bobiwash, au sujet des revendications d'autochtones, elle relève l'affirmation que ces revendications sont en train de submerger les tribunaux canadiens, qu'elles sont ridicules, stupides et sont un gaspillage de l'argent des contribuables. Elle relève ensuite ce qu'elle appelle une technique de la stratégie à rebours à propos d'un message de la ligne directe, selon lequel les Indiens, malgré leur passé de tortures et de meurtres brutaux, jouissent quand même de l'exemption d'impôt et du droit de chasser tout au long de l'année. Il s'agit là de privilèges dont ne jouissent pas les Blancs. Ce sont les Blancs les victimes.

Le témoin analyse ensuite le message contenu dans la pièce «A» jointe à l'affidavit de Bobiwash et décrit la stimulation émotionnelle qu'il exerce. Ce message exhorte l'auditeur, face aux revendications indiennes, à renoncer à la citoyenneté canadienne, à trouver un Indien auquel il cédera tous ses biens, puis à se terrer dans un trou pour y mourir. Le message passe ensuite à la question de l'immigration des gens du Tiers Monde. Il y a beaucoup de terres inoccupées au Canada, dit-il, mais la majorité des immigrants s'établissent dans les villes qui sont déjà surpeuplées, contribuant ainsi à la hausse du coût du logement, à l'accroissement de la criminalité, aux congestions de la circulation, etc.

Le témoin analyse ensuite de la même façon une quinzaine d'autres messages versés au dossier, qui ont été diffusés par la ligne directe des intimés à divers moments en 1992 et 1993. Elle y trouve le même genre de stratégies rhétoriques: la nécessité de l'homogénéité raciale, le danger du multiculturalisme, les problèmes de la promotion sociale, la trans-

to Canadians in need by the giving away of two billion dollars per year in foreign aid.

The conclusion of the witness is that the messages in the Bobiwash affidavit are of the nature prohibited in subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* and that the messages subsequent to the Court's injunction order are substantially similar in form and content.

On cross-examination by respondents' counsel, the witness admits that she has not studied the effects of these messages on any listener who has called the hot-line and that she has no information as to who the callers are. She knows about the Heritage Front, and in her opinion, it is neo-fascist and racist in character and that she expects the messages to reflect it.

She cannot provide an opinion as to whether a criticism of Indian land claims constitutes racism. She has no answer as to whether in depicting the Indians in "Dances With Wolves" as noble savages, she is aware of the Canadian Martyrs in Midland.

Respondents' counsel then produces a story which had appeared in the *Toronto Star* on January 13, 1993, describing the death in Moscow of Helen Kroeger who, with her husband Peter, had escaped from the United States when the Julius and Ethel Rosenberg spy case blew up. Helen and Peter Kroeger's real names were Lola and Morris Cohen. Wasn't this, he asked, substantially what the hot-line message of January 15, 1993, contained?

Respondents' counsel also produced an article by Eric Margolis in the *Toronto Sunday Sun* of August 15, 1993, expressing serious consequences of a mass influx into Canada and the U.S. of immigrants with Asian, African and Mexican backgrounds. Could such opinions, asks counsel, be termed racist and of a nature to attract the sanction of section 13 of the *Canadian Human Rights Act*? To which, of course, the witness could not give a definitive reply.

The other witness produced by the applicant is also an academician of standing. She is Dr. Frances

formation des Blancs en victimes, le tort qu'on a fait aux Canadiens nécessiteux en donnant deux milliards de dollars par an à l'aide extérieure.

a Le témoin conclut que les messages visés par l'affidavit de Bobiwash sont du genre interdit par le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et que les messages postérieurs à l'injonction de la Cour ont sensiblement la même forme et la même teneur.

c Contre-interrogé par l'avocat des intimés, le témoin reconnaît qu'elle n'a pas étudié les effets de ces messages sur un auditeur quelconque qui a appelé la ligne directe, et qu'elle ne sait pas quels sont les gens qui appellent cette ligne. Elle connaît le Heritage Front et, à son avis, c'est un groupe de caractère néo-fasciste et raciste, caractère qui se manifeste à travers ces messages.

d Elle ne peut pas dire si une critique des revendications territoriales des autochtones a quelque chose de raciste. Elle ne répond pas à la question de savoir si en parlant des Indiens mis en vedette dans le film «Dances With Wolves» comme de nobles sauvages, elle connaît l'histoire des martyrs canadiens au Midland.

f L'avocat des intimés produit ensuite un article paru dans le *Toronto Star* du 13 janvier 1993, qui rapporte la mort à Moscou de Helen Kroeger qui, avec son mari Peter, s'était enfuie des États-Unis au moment de l'éclatement de l'affaire d'espionnage Julius et Ethel Rosenberg. Helen et Peter Kroeger s'appelaient en réalité Lola et Morris Cohen. N'était-ce pas cela, demande-t-il, essentiellement la teneur du message du 15 janvier 1993 de la ligne directe?

h Il a aussi produit un article d'Eric Margolis dans le *Toronto Sunday Sun* du 15 août 1993, sur les graves conséquences d'un afflux massif au Canada et aux États-Unis d'immigrants d'origine asiatique, africaine et mexicaine. Pareille opinion, demande-t-il, pourrait-elle être qualifiée de raciste et tomberait-elle sous le coup de l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*? À cela le témoin n'a pas pu, bien naturellement, donner une réponse catégorique.

j Le second témoin cité par la requérante est également un professeur connu. Il s'agit de Mme Frances

Henry, an anthropologist specializing in social anthropology, who has long been involved in issues of racism and has given expert evidence as to the cultural background of people charged with various offences. She is also an expert and very much involved in race relations and anti-racism. She was latterly a nominee for the Tribunal Panel of the Canadian Human Rights Commission, but was not called upon to serve. She is also a consultant for the Commission.

With respect to the hot-line messages, the witness testifies that in her opinion, they all have an underlying racist theme. She knows all about the respondents and describes them as a right-wing, neo-nazi, reactionary and racist movement. She has also done a content analysis of the messages to which earlier evidence had referred, and in general, substantiates the observations made by Dr. Erlich. She concludes that the messages are to promote fear, hatred and apprehension among white people against anyone who is not white. Studies in learned papers in Canada, the U.S. and the U.K. on the phenomenon of racist groups generally demonstrate the impact they have on targeted groups in the community. These targeted groups are those segments of the large middle class who are unsure and look for guidance.

As in the case of Dr. Erlich, Dr. Henry has no opinion on the impact of the messages on those who call the Heritage Front hot-line. She does not know any member of the group, nor is she familiar with any document or manifesto setting out the programme and ideology of the group. When asked by respondents' counsel if the views expressed in the messages are any different from the very similar views expressed from time to time in widely-read print media, the witness suggests that the two have different purposes. Newspaper articles might express similar messages, but their intention, in her view, is clearly different.

#### APPLICANT'S POSITION

Counsel for the applicant argues that the issue before the Court is two-fold. There is first of all the injunction against dissemination of messages "likely

Henry, une spécialiste de l'anthropologie sociale qui s'occupe depuis longtemps des questions de racisme et qui a servi, devant les tribunaux, d'experte au sujet des antécédents culturels de gens poursuivis en justice pour diverses infractions. Elle est aussi experte en matière de relations interraciales et d'activités antiracistes. Son nom a été récemment retenu pour un tribunal de la Commission canadienne des droits de la personne, mais elle n'y a pas été appelée. Elle est aussi expert-conseil près la Commission.

En ce qui concerne les messages de la ligne directe, ce témoin estime qu'ils comportent tous un thème raciste sous-jacent. Elle sait tout au sujet des intimés, dont elle dit qu'ils forment un mouvement de droite, néo-nazi, réactionnaire et raciste. Elle aussi a analysé le contenu des messages dont a parlé le premier témoin et, dans l'ensemble, corrobore les observations faites par Mme Erlich. Elle conclut que ces messages visent à semer la crainte, la haine et l'apprehension chez les Blancs contre tous ceux qui n'appartiennent pas à leur race. Les études faites dans les revues académiques au Canada, aux États-Unis et au Royaume-Uni sur le phénomène des groupes racistes démontrent pour la plupart l'effet que ces derniers ont sur les groupes visés dans la société. Ces groupes visés qui appartiennent à la grande classe moyenne sont en proie à l'incertitude et demandent qu'on leur montre la voie.

Tout comme Mme Erlich, Mme Henry ne sait pas quel effet ces messages produisent sur ceux qui appellent la ligne directe du Heritage Front. Elle ne connaît aucun membre du groupe, ni ne connaît aucun document ou manifeste qui en présente le programme ou l'idéologie. Priée par l'avocat des intimés de dire si les vues exprimées dans ces messages présentent une différence quelconque avec des vues semblables, exprimées de temps à autre dans la presse écrite à grande diffusion, le témoin soutient qu'il y a une différence de dessein entre les deux. Les articles de journaux pourraient comporter des messages similaires mais, à son avis, le but visé est clairement différent.

#### L'ARGUMENTATION DE LA REQUÉRANTE

L'avocat de la requérante soutient que la question soumise à la Cour est double. Il y a d'abord l'injonction contre la diffusion de messages «susceptibles



to expose a person or persons to hatred or contempt”, the whole as statutorily defined in subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. Secondly, there is the rider enjoining the respondents from communicating messages of substantially similar form and content to those found in Exhibits “A” and “B” of the Bobiwash affidavit. These are the base-line messages, the ones with which all subsequent messages must be compared. According to the evidence of the expert witnesses, the subsequent messages are definitely similar in form and content. On that finding, the applicant says that the burden of proof beyond a reasonable doubt has been discharged and an order of contempt should issue.

### RESPONDENTS’ POSITION

Counsel for the respondents, of course, take a contrary view. The thrust of the order of the Associate Chief Justice is that the respondents be enjoined from communicating messages on the hot-line which are contrary to subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. The alleged breach must be proved beyond a reasonable doubt, a standard which need not be met under the more civil proceedings of a subsection 13(1) determination. Counsel argue that the same principle applies to both the base messages as well as those subsequently communicated.

Counsel for the respondents suggest that the Court must keep in mind that the respondents had consented to the order and there is evidence that they would have wanted the applicant Commission to vet their messages to make sure that their content would not be in breach of the order. Counsel says that if one agrees to an injunction, one would be foolish indeed to wilfully breach it.

As to the evidence before the Court, it is submitted by counsel that it consists purely of opinion evidence. The juxtaposition of expressions as outlined in Dr. Henry’s affidavit is not sufficient evidence of similarity. Neither does Dr. Erlich’s analysis in disclosing discursive strategies carry much weight in determining the issue of breach beyond a reasonable doubt.

d’exposer des personnes à la haine ou au mépris» au sens du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il y a en outre la disposition additionnelle qui interdit aux intimés de diffuser des messages ayant sensiblement la même forme et le même contenu que ceux figurant aux annexes «A» et «B» de l’affidavit de Bobiwash. Ces derniers sont les messages de référence, auxquels tous les messages subséquents doivent être comparés. Selon le témoignage des experts, les messages subséquents sont définitivement similaires pour ce qui est de leur forme comme de leur contenu. La requérante en conclut qu’il y a preuve sans l’ombre d’un doute raisonnable et qu’il faut rendre l’ordonnance portant condamnation pour outrage au tribunal.

### L’ARGUMENTATION DES INTIMÉS

d L’avocat des intimés est, bien entendu, d’avis contraire. L’ordonnance du juge en chef adjoint vise à interdire à ces derniers de diffuser par la ligne directe des messages qui enfreignent le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La violation supposée de cette ordonnance doit être prouvée sans l’ombre d’un doute raisonnable, cette norme n’étant pas requise dans le cadre d’une instance civile fondée sur le paragraphe 13(1). L’avocat des intimés soutient que le même principe s’applique aux messages de référence comme aux messages subséquents.

g Il rappelle à la Cour que les intimés avaient consenti à l’ordonnance, *supra*, et qu’il y a des preuves indiquant qu’ils auraient voulu que la Commission requérante approuve au préalable leurs messages pour s’assurer que la teneur n’en constitue pas une violation de l’ordonnance. Pour quelqu’un qui a consenti à une injonction, dit-il, ce serait insensé de chercher à l’enfreindre sciemment.

i Pour ce qui est des témoignages produits devant la Cour, il soutient qu’il ne s’agit là que d’opinions. La juxtaposition des expressions, que relève l’affidavit de Mme Henry, n’est pas une preuve suffisante de similarité. De même, l’analyse de Mme Erlich qui relève des stratégies rhétoriques n’a guère force probante pour ce qui est de savoir si la violation est prouvée sans l’ombre d’un doute raisonnable.

The other proposition advanced by counsel is that the *prima facie* evidence of a breach of subsection 13(1) may be found in the Bobiwash affidavit, the substance of which has triggered the whole inquiry before the Commission and the subsequent proceedings before this Court. The respondents have had no opportunity to face their accuser, a denial of a fundamental right given to any person who might be subject to heavy penal sanctions. Argues counsel, is it to visit contempt or hatred on Indians to express strong opinions on Aboriginal rights, Aboriginal self-government or Indian land claims?

### FINDINGS

I will readily admit that the findings of a court on the basis of all of the foregoing are not easy to make. This is especially so when the Canadian Human Rights Tribunal is already seized of the issue under subsection 13(1) of the Act and its inquiry has so far run through five sitting days with four more to run in the Fall, and presumably more to follow.

Firstly, I observe that should the Court find that beyond a reasonable doubt, the order has been breached, it could be interpreted as a usurpation of the exclusive jurisdiction which Parliament has seen fit to confer on the Tribunal when dealing with complaints under subsection 13(1) or under any of the other proscribed practices as set out in sections 5 to 14 of the *Canadian Human Rights Act*. The Court may accept the fact that Parliament has entrusted the determination of these issues to an administrative tribunal whose wide-ranging method of enquiry will be more conducive to wise and balanced rulings.

Secondly, the Court is faced not so much with a determination of whether or not the respondents are a racist group subject to automatic censure, but with a determination of what is the substance of the base messages themselves and whether or not subsequent messages are substantially of the same form or content. To invite the Court, faced as it is by a subsection 13(1) order, to make a finding on the likelihood of "hatred and ridicule" of the Bobiwash messages is to

L'avocat des intimés soutient encore que la présomption de contravention au paragraphe 13(1) peut se trouver dans l'affidavit de Bobiwash, dont la teneur a provoqué l'enquête devant la Commission et les procédures subséquentes devant cette Cour. Il n'a pas été permis aux intimés de confronter leur accusateur, ce qui représente un déni du droit fondamental de quiconque pourrait être soumis à de graves sanctions pénales. Il pose la question de savoir si exprimer des opinions vigoureuses sur les droits autochtones, sur l'autonomie politique des autochtones ou sur les revendications territoriales des Indiens, signifie attirer le mépris ou la haine sur ces derniers.

### CONCLUSIONS

J'admets volontiers qu'il n'est pas facile pour la Cour de tirer des conclusions de tout ce qui précède. Le problème est d'autant plus difficile que le tribunal constitué par la Commission canadienne des droits de la personne est déjà saisi de l'affaire sous le régime du paragraphe 13(1) de la Loi et que son enquête a pris jusqu'ici cinq jours d'audience, avec quatre autres de prévus pour l'automne et probablement davantage à l'avenir.

En premier lieu, je note que si la Cour devait conclure sans l'ombre d'un doute raisonnable qu'il y a eu violation de l'ordonnance, pareille conclusion pourrait être interprétée comme une usurpation de la compétence exclusive dont le législateur a investi le tribunal à l'égard des plaintes fondées sur le paragraphe 13(1) ou visant les autres agissements interdits par les articles 5 à 14 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Cour peut convenir que le législateur a confié le jugement des questions de ce genre à un tribunal administratif dont la méthode variée d'enquête est plus à même de produire des décisions avisées et équilibrées.

En deuxième lieu, la Cour n'est pas à vrai dire appelée à décider si les intimés sont un groupe raciste soumis à la censure automatique, mais à décider quelle est la teneur des messages de référence eux-mêmes et si les messages subséquents ont essentiellement la même forme ou le même contenu. Demander à la Cour, qui est en présence d'une ordonnance fondée sur le paragraphe 13(1), de prononcer sur le potentiel de «haine et de ridicule» des messages visés

enter a dialectical field where only fools rush in and angels fear to tread.

Thirdly, the Court must consider that the messages proscribed by subsection 13(1) of the Act apply only to messages communicated by means of the facilities of a telecommunications undertaking within the legislative authority of Parliament. This is not a method of mass communication. People are invited to call. There is no evidence at all of the number of people who have called, or of the impact these messages have on them, or as to whether they are looking for grist for their racist mill, or whether they are merely curious, or whether they are looking for evidence on which complaints can be lodged.

Fourthly, I should refer again to the trilogy of Supreme Court of Canada decisions, i.e. *Keegstra*, *Zundel* and *Taylor* (*supra*) where the Court has had to deal with the criminality of hate messages and the spreading of false messages, as well as the constitutionality of subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. A reading of these extremely narrowly split decisions is indicative of the problems of according legitimacy to some statutory constraints on the freedom of opinion and expression found in paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It appears to me, on a reading of the *Taylor* case (*supra*), that the five to four majority was happy to find protection for subsection 13(1) under section 1 of the Charter on the additional grounds that it is not criminalized. Dickson C.J., in that case, said, at page 917:

It is essential, however, to recognize that, as an instrument especially designed to prevent the spread of prejudice and to foster tolerance and equality in the community, the *Canadian Human Rights Act* is very different from the Criminal Code. The aim of human rights legislation and of s. 13(1) is not to bring the full force of the state's power against a blameworthy individual for the purpose of imposing punishment. Instead, provisions found in human rights statutes generally operate in a less confrontational manner, allowing for a conciliatory settlement if possible and, where discrimination exists, gearing remedial responses more towards compensating the victim.

à l'affidavit de Bobiwash reviendrait à entrer dans un domaine de la dialectique où seuls les sots foncent tête baissée et où les anges évitent de s'aventurer.

En troisième lieu, la Cour doit se rappeler que l'interdiction du paragraphe 13(1) de la Loi ne vise que les messages communiqués par les services d'une entreprise de télécommunications relevant de la compétence du Parlement. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un moyen de communications de masse. Les gens doivent appeler au préalable. Aucune preuve n'a été produite quant au nombre de personnes qui ont appelé, quant à l'effet que ces messages produisent sur eux, ou quant à la question de savoir s'ils cherchent de quoi alimenter leurs penchants racistes, ou s'ils ne sont que curieux, ou encore s'ils recherchent des preuves grâce auxquelles ils pourraient porter plainte.

En quatrième lieu, il ne faut pas oublier la trilogie des arrêts *Keegstra*, *Zundel* et *Taylor* (*supra*) par lesquels la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la nature criminelle de la diffusion des messages haineux et des fausses nouvelles, ainsi que sur la constitutionnalité du paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La lecture de ces décisions rendues à une majorité ténue fait ressortir la difficulté qu'il y a à légitimer certaines contraintes légales attachées à la liberté d'opinion et d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ressort de l'arrêt *Taylor* (*supra*) que la majorité des cinq voix contre quatre était heureuse de conclure que le paragraphe 13(1) était justifié au regard de l'article premier de la Charte par ce motif supplémentaire qu'il ne s'agissait pas là d'une disposition pénale. C'est ainsi que le juge en chef Dickson a été amené à conclure, en page 917:

Il est essentiel toutefois de reconnaître qu'en tant qu'outil expressément conçu pour empêcher la propagation des préjugés et pour favoriser la tolérance et l'égalité au sein de la collectivité, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* diffère nettement du *Code criminel*. La législation sur les droits de la personne, et en particulier le par. 13(1), n'a pas pour objet de faire exercer contre une personne fautive le plein pouvoir de l'État dans le but de lui infliger un châtiment. Au contraire, les dispositions des lois sur les droits de la personne tendent plutôt, en règle générale, à éviter ce genre d'affrontement en permettant autant que possible un règlement par voie de conciliation et, lorsqu'il y a discrimination, en prévoyant des redressements destinés davantage à indemniser la victime.

To interpret the impugned messages in contempt proceedings where the gravamen of the complaint is subject to criminal rules might not be conducive to the better administration of justice.

I am left to look at the evidence of the several messages on the hot-line filed in Court and to which the two expert witnesses applied their analyses. There is no doubt that the language used in most of these is pungent, vigorous and "racy". If the hot-line is for the purpose of giving a message, it may be said that the message gets across. When studying them, however, in the light of whether or not any of them constitutes a breach beyond a reasonable doubt of the substantive portion of the Court's order, one must be careful not to read into these messages more than they contain. The Court, for purposes of these proceedings, cannot confuse the message with the messenger. The expert witnesses might think otherwise and suggest that any message from the respondents is racist in form and substance and in breach of the statute. Nevertheless, the Court cannot enjoy the kind of luxury which is otherwise available to protagonists when debating racial issues.

This is to say that I am not satisfied on the evidence that beyond a reasonable doubt, the impugned messages are of a nature likely to expose persons to hatred and contempt which, as is readily seen, is what the order prohibits and which is textually the prohibition found in subsection 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. It will be the responsibility of the Tribunal to make a finding on them and in that respect, the Tribunal will not be subject to the constraints imposed on a court in contempt proceedings.

This finding, however, does not completely clear the book as far as the respondents are concerned. The order of the Court contains the following rider: "and in particular, the messages attached as Exhibits 'A' and 'B' to the affidavit of Rodney Bobiwash, sworn June 24, 1992, or any other messages of substantially similar form and content."

That proviso gives the Court another issue to resolve, i.e. is there evidence in the messages of the respondents communicated since the date of the order which are substantially similar in form and content to those found in the Bobiwash affidavit? In that

Interpréter les messages en cause dans une poursuite pour outrage au tribunal, où la matière faisant l'objet de la plainte est sous le coup de la loi pénale, n'assurerait pas la bonne administration de la justice.

Il me faut donc examiner la preuve constituée par plusieurs messages de la ligne directe, qui ont été versés au dossier et analysés par les deux experts. Il est indiscutable que le langage de la plupart d'entre eux est mordant, vigoureux et « piquant ». Si la ligne directe vise à communiquer un message, on peut dire qu'elle y a réussi. Mais quand on examine les messages en cause pour voir s'il y en a parmi eux qui enfreignent sans l'ombre d'un doute raisonnable le dispositif de l'ordonnance de la Cour, il faut se garder d'y voir plus qu'ils ne contiennent. La Cour doit se garder, dans cette instance, de confondre message et messenger. Les experts pourraient être d'un autre avis et penser que tout message émanant des intimés est raciste dans sa forme et son contenu et enfreint la loi. N'empêche que la Cour n'a pas la latitude dont jouissent les protagonistes qui débattent les questions raciales.

Je veux dire par là qu'à la lumière des preuves et témoignages, je ne suis pas convaincu sans l'ombre d'un doute raisonnable que les messages en cause sont susceptibles d'exposer des personnes à la haine et au mépris, c'est-à-dire des messages qu'interdit l'ordonnance, *supra*, et qui sont expressément visés par le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il appartiendra au tribunal de se prononcer à ce sujet et, à cet égard, il ne sera pas tenu aux contraintes qui s'imposent au tribunal judiciaire saisi d'une instance d'outrage au tribunal.

Ma conclusion ne blanchit cependant pas les intimés. L'ordonnance de la Cour contient cette disposition additionnelle: « en particulier les messages joints à titre de pièces « A » et « B » à l'affidavit établi sous serment le 24 juin 1992 par Rodney Bobiwash, ou tout autre message ayant sensiblement la même forme et la même teneur ».

Cette disposition donne lieu à une autre question à résoudre par la Cour, savoir si les messages diffusés par les intimés depuis la date de l'ordonnance ont sensiblement la même forme et la même teneur que les messages joints à l'affidavit de Bobiwash. Pour

inquiry, the Court must avoid reading into the messages more than is in them.

The message of January 15, 1993, and which I have reproduced as Appendix III to these reasons, certainly does not fall into the prohibited category. It speaks of the Reform Party and its leader, Preston Manning. It then speaks of the Kroeger demise in Russia and informs the caller that her real name was Lola Cohen who, with her husband Morris, were involved in the Rosenberg affair in the U.S. during the 1950s. The text appears to be straight out of newspaper articles.

The January 8, 1993 message, Appendix IV, makes one wonder why the respondents should raise the memory of Charlie Chaplin as a communist and a traitor to all the American values which had made him rich and to identify him by his real name, which has a Jewish connotation to it without specific racial identification. Charlie Chaplin might be mostly a nostalgic relic in the minds of most people who might or might not take kindly any reference to him outside of the field of entertainment which he otherwise provided in his day. Yet, I cannot conclude that it is similar in form and substance to the base messages.

The message of February 3, 1993, Appendix V, is another one which is crafted in generic terms. It suggests that there are lessons to be drawn from ethnic, tribal and religious divisions in many countries of the world, and that official multiculturalism goes against natural forces. Again, I fail to see that message as substantially similar in form and content to the Bobiwash exhibits.

Appendix VI, the message dated February 4, 1993, is merely verbal slugging between the respondents and a third party by the name of Kevin Thomas.

The next message, Appendix VII, of February 5, 1993, might be racist in tone, but in terms of Canadian policy on multiculturalism, it suggests that historically, it was not believed that integrating cultures and races would bring peaceful results. This position is, of course, far from unique in the Canadian community.

répondre à cette question, la Cour doit se garder de voir dans les premiers plus qu'ils ne contiennent.

Le message du 15 janvier 1993, reproduit à l'annexe III des présents motifs, ne tombent certainement pas dans la catégorie interdite. Il parle du Parti réformiste et de son chef Preston Manning. Il parle ensuite de la mort de Kroeger en Russie et informe l'auditeur qu'elle s'appelait en réalité Lola Cohen et qu'elle était impliquée, avec son mari Morris, dans l'affaire Rosenberg dans les années 1950 aux États-Unis. Le texte n'est rien d'autre qu'une reproduction d'articles de journaux.

Le message du 8 janvier 1993, annexe IV, est tel que l'auditeur doit se demander pourquoi les intimés remuent le souvenir de Charlie Chaplin, qu'ils traitent de communiste et de traître à toutes les valeurs de l'Amérique qui avait fait sa fortune, et l'identifient par son vrai nom qui a une connotation juive, mais sans aucune identification raciale spécifique. Il semble que Charlie Chaplin représente surtout un souvenir nostalgique dans l'esprit de la plupart des gens qui accepteront ou non qu'on parle de lui en dehors de la sphère du spectacle, qui était la sienne de son vivant. Là encore, je ne peux conclure que ce message a sensiblement la même forme et le même contenu que les messages de référence.

Le message du 3 février 1993, annexe V, a été également formulé en termes généraux. Il professe qu'on peut tirer des leçons des divisions ethniques, tribales et religieuses d'un grand nombre de pays, et que le multiculturalisme officiel va à l'encontre des forces naturelles. Là encore, je ne vois pas que ce message ait sensiblement la même forme et la même teneur que les messages joints à l'affidavit de Bobiwash.

L'annexe VI, c'est-à-dire le message daté du 4 février 1993, ne fait que reproduire un échange entre les intimés et un tiers du nom de Kevin Thomas.

Le message suivant, celui du 5 février 1993, annexe VII, pourrait bien avoir un ton raciste, mais en termes de politique multiculturelle du Canada, il soutient que d'après l'expérience du passé, l'intégration des cultures et des races ne donnait pas des résultats pacifiques. Cette position est, bien entendu, loin d'être unique au sein de la société canadienne.

On a reading of the February 8, 1993 message (Appendix VIII), no comment is required.

Likewise the February 9, 1993 message (Appendix IX) is simply a cry for freedom of speech and a plug <sup>a</sup> to have the listener find out more about Heritage Front.

Appendix X, the message of February 10, 1993, seems to suggest a more defensive stance being taken <sup>b</sup> by the respondents. The target addressed is not certain identifiable minorities, but the anti-racist movement. The message purportedly comes from a listener in Scarborough, who says of racists and anti-racists, "a pox on both your houses"—a comment which <sup>c</sup> might be shared by many people in Toronto.

The February 11, 1993 message, Appendix XI, might be closer to the line. It refers to attacks in the <sup>d</sup> streets of Dallas, to the Rodney King civil trial and the Reginald Denny affair in Los Angeles. It speaks of riots in these U.S. cities where blacks were obviously involved. It speaks of hereditary factors and makes the prediction that "Dallas, L.A. and Toronto <sup>e</sup> will all burn in the end." This message is more virulent in tone, but in my view, falls short of the more explicit messages found in the Bobiwash affidavit.

The final message, Appendix XII, is dated February 12, 1993. I have no difficulty in interpreting it as a strong statement against current immigration policy in general. Although it might be said to be racist <sup>f</sup> because of the message's origin, I cannot find that it is substantially similar in form and substance to the base messages.

I should therefore find the respondents have not <sup>g</sup> breached the order of this Court dated September 29, 1992 as corrected on January 19, 1993. The contempt charges against them must be dismissed.

#### FURTHER DISPOSITION

The Court takes judicial notice of the antagonisms <sup>h</sup> between racist and anti-racist groups in the city of Toronto, where both factions have been found demonstrating before the offices of the Canadian Human <sup>i</sup> Rights Commission, before the Federal Court or

Celui du 8 février 1993, annexe VIII, se passe de commentaires.

De même, celui du 9 février 1993, annexe IX, n'est <sup>a</sup> qu'une plaidoirie pour la liberté d'expression et qu'une exhortation à l'auditeur de chercher à en savoir davantage sur le Heritage Front.

L'annexe X, c'est-à-dire le message du 10 février <sup>b</sup> 1993, semble représenter une position plus défensive de la part des intimés. La cible n'en est pas certaines minorités identifiables, mais le mouvement antiraciste. Le message est censé émaner d'un auditeur de Scarborough, qui dit aux racistes et aux antiracistes: «Que vous soyez maudits les uns et les autres», <sup>c</sup> observation que pourraient partager bien des gens à Toronto.

Le message du 11 février 1993, annexe XI, pour- <sup>d</sup> rait être plus près de la limite. Il parle des agressions dans les rues de Dallas, du procès civil Rodney King et de l'affaire Reginald Denny à Los Angeles. Il parle des émeutes dans certaines villes américaines, aux- <sup>e</sup> quelles participaient manifestement des Noirs. Il parle des facteurs héréditaires et fait cette prédiction: «Dallas, L.A. et Toronto brûleront toutes à la fin». Ce message est d'un ton plus virulent mais, à mon avis, <sup>f</sup> n'atteint pas au contenu des messages joints à l'affidavit de Bobiwash.

Le dernier message, annexe XII, est daté du 12 <sup>g</sup> février 1993. Je n'ai aucun mal à y voir une condamnation vigoureuse de la politique d'immigration actuelle. Bien qu'on puisse dire qu'il est raciste eu <sup>h</sup> égard à son origine, je ne trouve pas qu'il ait sensiblement la même forme et la même teneur que les messages de référence.

Je dois donc conclure que les intimés n'ont pas <sup>i</sup> défié l'ordonnance rendue par cette Cour le 29 septembre 1992 et corrigée le 19 janvier 1993. L'action en outrage au tribunal, intentée à leur égard, doit être rejetée.

#### DÉCISION COMPLÉMENTAIRE

La Cour tient pour fait notoire l'antagonisme qui <sup>j</sup> oppose les groupes racistes et antiracistes de Toronto, où l'un et l'autre camps ont manifesté devant les bureaux de la Commission canadienne des droits de la personne, de la Cour fédérale ou devant le Palais

before the Provincial Court Building where the Human Rights Tribunal scheduled its hearings. This is disruptive of the process of understanding and conciliation which is essential to the maintenance of the Charter rights under section 15 and the preservation and enhancement of our multicultural heritage under section 27.

These value-related provisions are not simply bland statements for which only the lip offers service, but are part of the fundamental laws of the land, to which Canada has subscribed in accordance with a free and democratic process. While defining a value system for Canadian citizens, they impose civic obligations as well. These obligations are: to strive for improvement in our mutual relationships; to learn and to appreciate that the human condition is full of prejudices, but that these prejudices should not submerge the basic need for mutual respect and mutual tolerance.

As I informed the parties at the close of the trial, such is the kind of restraint which has been one of the great characteristics of this country. There have been conflicts, but compared to other countries and other communities, it is heartening to witness how few of these conflicts have been decided by focusing on differences to the level of violence, and how many more have been resolved by stressing similarities to the level of compromise.

I have mentioned before that for purposes of the orderly and peaceful administration of our laws, compromises must always be made between conflicting values, all of which may be said to be equally imperative. Sometimes, the compromise is not easily achieved and especially in the respect we owe to the doctrines of equality and multiculturalism, and the respect we also owe our very much cherished freedom of thought, belief and expression, we are witnessing the stresses and strains which our ultimate arbiters in the Supreme Court of Canada are facing in reaching consensus.

The difficulties in finding a "*juste milieu*" is one which, in my respectful view, should be shared by all of us. In finding solutions, it is of no help to adopt inflammatory rhetoric and provoke confrontations, or

de justice provincial où le tribunal des droits de la personne tenait ses audiences. Cet antagonisme fait échec au processus de compréhension et de conciliation qui est essentiel pour la protection des droits garantis par l'article 15 de la Charte, ainsi que pour la préservation et la promotion de notre patrimoine multiculturel, que garantit l'article 27.

Ces dispositions portant sur des valeurs ne sont pas de simples professions de foi qui ne sont là que pour la forme, mais font partie des lois fondamentales du pays, lois auxquelles le Canada a souscrit par un processus libre et démocratique. Tout en définissant un système de valeurs pour le citoyen canadien, elles imposent aussi des obligations civiques, savoir le devoir pour chacun d'essayer d'améliorer les relations les uns avec les autres, d'apprendre et de comprendre que la condition humaine est remplie de préjugés, mais que ceux-ci ne doivent pas submerger la nécessité fondamentale du respect et de la tolérance mutuels.

Comme je l'ai fait remarquer aux parties à la clôture du procès, c'est cette maîtrise de soi qui a été l'une des grandes caractéristiques de ce pays. Il y a eu chez nous des conflits, mais par comparaison avec d'autres pays et d'autres sociétés, il est rassurant de voir que si peu de ces conflits ont été résolus par une insistance sur les différences allant jusqu'à la violence, et que d'autres bien plus nombreux l'ont été par l'insistance sur les similarités pour aboutir au compromis.

J'ai eu l'occasion de souligner qu'en vue d'une administration ordonnée et pacifique de nos lois, il faut toujours parvenir au compromis entre des valeurs opposées, dont on peut dire qu'elles sont toutes également impératives. Parfois, le compromis n'est pas facile; en particulier, pour ce qui est du respect que nous devons aux principes d'égalité et de multiculturalisme, comme à notre liberté bien-aimée de pensée, de croyance et d'expression, nous pouvons voir les tensions auxquelles doivent faire face nos arbitres du dernier ressort pour réaliser un consensus, au sein de la Cour suprême du Canada.

La difficulté à trouver le juste milieu est, à mon humble avis, quelque chose que nous devons tous partager. Pour trouver des solutions, il ne sert à rien d'adopter une rhétorique inflammatoire et de provo-

to create antagonisms which only polarize the issues. It is of no comfort to observe that the inherent conflicts between various large groups in such an eclectic community as Toronto are being promoted, and that groups are capitalizing on the fears which each of them might have reason to bear.

If I have found that the messages given out by the respondents are not necessarily in breach of subsection 13(1) of the Act and if I cannot beyond a reasonable doubt find them in breach of the order of this Court, it does not follow that the messages, taken as a whole, are like wholesome homilies of a nature to promote peace on earth and goodwill to all men. There are clear elements of racism in all of them. They are stereotypical of many other messages this country has heard over the years and which foment disruption, disunity and untoward fears. From one point of view, the messages might be untouchable. Socially or morally, however, they undermine the efforts of most Canadians, of all races, creeds and ethnic backgrounds, to contain their fears and vicissitudes over matters foreign or strange to them or to refrain from giving full public expression to them. Such habitual restraints and obligations are in keeping with the obverse side of our constitutional guarantees of rights and freedoms. They are, in my view, constitutional conventions without which entrenched constitutional safeguards would provide no security at all to the peace and well-being of everyone.

The respondents, on many fronts, are promoting the theme of white supremacy. They are capitalizing on human fears and resentments when so many other community groups are dedicated to attenuating them. They are provoking equally intransigent positions among anti-racist movements who may also be said to promote fears and resentments among their own constituents.

It is not the role of this Court to draw conclusions on the many observations contained in these reasons, nor to rule on the several issues which the evidence otherwise raises. In the exercise of its discretion,

quer des confrontations, ou encore de créer des antagonismes qui ne font que polariser les problèmes. Il est triste de voir que les conflits inhérents entre divers groupes importants dans une communauté variée comme Toronto sont mis en épingle, et que des groupes cherchent à exploiter les craintes que chacun d'eux pourrait avoir une raison de nourrir.

Si j'ai conclu que les messages diffusés par les intimés ne contreviennent pas nécessairement au paragraphe 13(1) de la Loi et si je ne peux conclure, sans l'ombre d'un doute raisonnable, qu'ils ont violé l'ordonnance de cette Cour, cela ne signifie pas que leurs messages, pris dans leur ensemble, ont quoi que ce soit de commun avec les saines homélies destinées à promouvoir la paix sur la terre aux hommes de bonne volonté. Chacun d'eux comporte des éléments indéniables de racisme. Ils sont représentatifs d'un grand nombre d'autres messages que ce pays a entendus au fil des ans et qui fomentent le désordre, la discorde et les craintes morbides. Si, strictement parlant, ces messages sont peut-être intouchables, il est indiscutable que du point de vue social ou moral, ils sapent les efforts faits par la grande majorité des Canadiens, de toutes les races, croyances religieuses et origines ethniques, pour oublier leurs craintes et leurs vicissitudes au sujet des choses qui leur paraissent étranges ou étrangères, ou pour ne pas les exprimer sans retenue en public. Cette retenue et ces obligations normales sont conformes à la prescription de nos garanties constitutionnelles des droits et libertés. Il s'agit là à mon avis de conventions constitutionnelles sans lesquelles les garanties enchâssées dans la Constitution n'assureraient nullement la paix ni le bien-être pour tout un chacun.

Les intimés, sur plusieurs fronts, font la promotion de la suprématie de la race blanche. Ils exploitent les craintes et le ressentiment des gens alors que tant d'autres groupes communautaires se consacrent à les atténuer. Ils provoquent des positions également intransigeantes de la part des mouvements antiracistes dont on peut dire aussi qu'ils attisent les craintes et le ressentiment parmi leurs propres partisans.

Il n'appartient pas à cette Cour de tirer des conclusions des multiples observations figurant dans les présents motifs, ni de prononcer sur plusieurs points que font ressortir les preuves produites. Elle doit



however, a Court should strive to find some formula so that messages of the kind I have described cannot be a continuing source of conflict or feed on the fires of current discontent.

In brief, the fact that the respondents are not guilty of breaches of this Court's order does not mean that all issues are resolved. The messages themselves, as well as the public's greater awareness of their contents, are in my view of a nature to invite more antagonism and open the door to repeated recourse to and intervention by this Court. The Court's order has not prohibited the respondents from using their hot-line. The messages I have reviewed might be able to survive the test of criminal rules, but I venture to suggest that were it otherwise, the respondents would have had to bear a heavier burden of proving fair comment. Many of the messages are of the same *genre* as those otherwise prohibited. Some of them, wearing an observable racist or white supremacist complexion, are dangerously close to the base messages. The situation is accordingly one where continuing borderline messages are to be expected, resulting in an escalation of the current tension. The situation is evidently not one to maintain or restore peace, order and calm, as was the obvious purpose of the Court's original order.

I have reached the conclusion that no more uncertainty or instability should be risked or invited. I am of the opinion that pending a determination of the subsection 13(1) issue by the Tribunal, the situation should not remain open to more provocations, more confrontations and further recourse to this Court.

How best to accomplish this? I cannot stop all the activities of the respondents. Nor can I stop any interested members of the public from coming before this Court with respect to the respondents' activities. Yet, I believe there is jurisdiction given to this Court under section 44 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] to make such order as appears just and convenient. Although this power is given in statute form, it is no more than a recognition of the exten-

cependant, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en la matière, essayer de trouver une formule telle que les messages du genre susmentionné ne soient pas une source permanente de conflit ni n'attisent les dissensions.

En bref, le fait que les intimés n'aient pas violé l'ordonnance dont s'agit ne signifie pas que toutes les questions sont résolues. Les messages eux-mêmes, ainsi que le fait que le public en prend conscience davantage, sont, à mon avis, de nature à ajouter à l'antagonisme et à ouvrir la porte à la multiplication des recours à notre Cour et de ses interventions. L'ordonnance rendue par la Cour n'a pas interdit aux intimés de se servir de leur ligne directe. Les messages que j'ai examinés pourraient peut-être survivre à l'épreuve des règles de droit pénal, mais je pense que si cela n'avait pas été le cas, les intimés auraient eu à assumer la lourde charge de prouver que leurs propos n'étaient pas malveillants. Un grand nombre des messages en cause sont du même genre que ceux qui ont été interdits. Certains d'entre eux, qui ont un ton raciste discernable ou sentent la suprématie blanche, sont dangereusement proches des messages de référence. Dans ce contexte, on doit donc s'attendre à ce que d'autres messages tangents suivent, aggravant ainsi la tension actuelle. Il est évident qu'il ne s'agit pas là d'une situation propice au maintien ou au rétablissement de la paix, de l'ordre et du calme, que visait évidemment l'ordonnance initiale de la Cour.

Je suis parvenu à la conclusion qu'il n'y a pas lieu de risquer ou d'encourager plus d'incertitude ou d'instabilité. Je suis d'avis qu'en attendant le jugement du tribunal au regard du paragraphe 13(1), il ne faut pas que la situation demeure telle qu'elle rende possibles d'autres provocations, d'autres confrontations et d'autres saisines de la Cour.

Quel serait le meilleur moyen d'y parvenir? Je ne peux mettre fin à toutes les activités des intimés. Je ne pourrai pas non plus interdire aux personnes intéressées d'en saisir la Cour. Je constate cependant que l'article 44 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] habilite notre Cour à rendre toute ordonnance selon qu'elle juge juste et opportun de le faire. Bien que ce pouvoir soit prévu dans un texte de loi, celui-ci n'est que la consécration de la compé-

sive jurisdiction to superior courts recognized at common law.

In the celebrated case, *Beddow v. Beddow* (1878), 9 Ch.D. 89, Sir George Jessel, M.R., said this, at page 93:

I have unlimited power to grant an injunction in any case where it would be right and just to do so.

That same principle or doctrine was adopted by McEachern C.J.B.C. in *Re B.C. Govt. Employees' Union* (1983), 48 B.C.L.R. 1 (S.C.), and confirmed by the British Columbia Court of Appeal, (1985), 64 B.C.L.R. 113, and further endorsed by the Supreme Court of Canada, [1988] 2 S.C.R. 214.

From the evidence before me, I conclude that the restraining order of this Court facing the respondents is not, as circumstances have proved, fulfilling the purposes which were obviously intended. I would therefore propose to restrain the respondents one step further and this to enjoin them from operating their hot-line until the Canadian Human Rights Tribunal has ruled on the complaint currently before it. For the reasons stated, I am satisfied that it is just and convenient that I do so at this time. I am also satisfied by the nature of the hot-line activity, which cannot be categorized as a means of mass communication, that such an order imposes a minimal restriction on the activities of the respondents which might otherwise be legally open to them.

An order will issue accordingly. The contempt charge against the respondents is dismissed and they are free to go about their affairs.

\* \* \*

#### APPENDIX I

Thanks for calling the 24 hr Anti-Immigration Hotline sponsored by the Heritage Front. This week on the Heritage Hotline, I would like to make a rebuttal to some ridiculous concepts promoted by the mass media. First and foremost is that this land is owned by and belongs to the Native Indians. If you believe this silly statement, then why don't you follow it to its ultimate conclusion:

(A) Renounce your Canadian Citizenship.

(B) Find yourself an Indian, give him your home, property and all of your belongs and

tence étendue que la common law reconnaît aux cours supérieures.

Dans le célèbre précédent *Beddow v. Beddow* (1878), 9 Ch.D. 89, Sir George Jessel, M.R., a fait cette observation, en page 93:

[TRADUCTION] Je suis investi du pouvoir illimité d'accorder une injonction dans tous les cas où je juge indiqué et juste de le faire.

Le même principe ou la même doctrine a été repris par le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique dans *Re B.C. Govt. Employees' Union* (1983), 48 B.C.L.R. 1 (C.S.), confirmé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, (1985), 64 B.C.L.R. 113, et approuvé par la Cour suprême du Canada, [1988] 2 R.C.S. 214.

À la lumière des preuves produites, je conclus que l'ordonnance de ne pas faire rendue par notre Cour à l'égard des intimés, n'atteint pas, comme l'ont montré les circonstances, le but pour lequel elle a été rendue. Je me propose donc d'aller un peu plus loin et d'interdire aux intimés de se servir de leur ligne directe en attendant que le tribunal des droits de la personne statue sur la plainte dont il a été saisi. Par les motifs ci-dessus, je conclus qu'il est juste et opportun de rendre cette ordonnance en cet état de la cause. Je conclus également que vu la nature de la ligne directe, qu'on ne saurait qualifier de moyen de communications de masse, pareille ordonnance impose une restriction minimale sur les activités licites des intimés.

Une ordonnance sera donc rendue en conséquence. L'action en outrage au tribunal intentée contre les intimés est rejetée et ceux-ci sont libres de vaquer à leurs affaires.

\* \* \*

#### [TRADUCTION] ANNEXE I

Merci d'avoir appelé la ligne directe anti-immigration qui est ouverte 24 heures sur 24, sous le parrainage du Heritage Front. Cette semaine, j'aimerais réfuter certaines notions ridicules qu'ont promues les médias. Le premier de ces mythes, c'est que cette terre appartient aux autochtones indiens. Si vous croyez à cette affirmation idiote, alors pourquoi ne pas l'appliquer jusqu'à sa conclusion ultime:

(A) Renoncez à votre citoyenneté canadienne.

(B) Trouvez un Indien, donnez-lui votre maison, vos biens et tout ce qui vous appartient, et

(C) Crawl into a hole and die.

The fact of the matter is, that our forefathers forged this land out of an untamed wilderness. They fought and died for the land we now live in. If you are ashamed of that, then you get out. If massive European immigration to Canada destroyed the Indian way of life then what makes some white fools believe that this new wave of immigration won't destroy ours. Make up your mind.

The second concept I would like to address is the belief that since Canada has so much empty land, that we need Third World immigration. This is wrong for two reasons:

(1) because the vast majority of immigrants move to our cities which are horribly overcrowded contributing to rising housing cost, crime, traffic congestion etc.

(2) Instead of drawing immigrants from non-traditional sources why don't we have more children? The answer: because we can't afford it, while sending 2 billion per year in foreign aid. What about helping out the young struggling Canadian families instead? Come on what's going on here?

We have a meeting approaching quickly in a massive hall with some very energetic speakers. If you would like to attend and decide for yourself what the Heritage Front is all about, then leave your name and phone number at the tone. Please make it your name and phone number because of the postal strike.

Until next week, goodbye Canada.

We are the Heritage Front.

Fighting for a brighter tomorrow.

## APPENDIX II

. . .

16-1-92

Thank you for calling the Heritage Hotline:

Why does [*sic*] history books portray white settlers as savages out to murder the noble Natives, why do featuring movies such as "Dances With Wolves" conceal the brutal tortures and killings that were part of North American Indian Cultures while picturing them as angels. Any person who screams out that this land and everything on it belongs to the Natives is obviously unlearned.

It's been documented that they crossed over the [Bering Strait] from Asia about 10,000 years ago, but just because they were the first to get here does not mean Canada is theirs. In a single century the white pioneers had achieved what no Indian could have ever dreamed of. They built cities, bridges and dams and brought decency and christianity to the warring tribes.

(C) Terrez-vous dans un trou pour y mourir.

Le fait est que nos ancêtres ont bâti sur une terre à l'état sauvage. Ils ont combattu et sont morts pour cette terre sur laquelle nous vivons. Si cela vous fait honte, allez-vous en. Si l'immigration massive des Européens au Canada a détruit le mode de vie des Indiens, alors qu'est-ce qui fait croire à certains Blancs idiots que cette nouvelle vague d'immigrants ne détruira pas le nôtre? Choisissez.

La seconde notion que je voudrais réfuter c'est la croyance que puisque le Canada a tellement de terres inoccupées, nous avons besoin des immigrants du tiers monde. C'est faux pour les deux raisons suivantes:

(1) parce que la grande majorité s'établit dans nos villes qui sont horriblement surpeuplées, contribuant ainsi à la hausse du coût du logement, à l'accroissement de la criminalité, aux congestions de la circulation, etc.

(2) au lieu d'attirer des immigrants de sources non traditionnelles, pourquoi ne faisons-nous pas davantage d'enfants? La réponse: parce que nous ne pouvons pas nous le permettre, alors que nous dépensons chaque année deux milliards pour l'aide extérieure. Et si on les emploie à aider les jeunes familles canadiennes qui ont du mal à joindre les deux bouts? Soyons sérieux, voyons!

Nous allons avoir sous peu une grande réunion dans une vaste salle avec des conférenciers pleins d'énergie. Si vous voulez y assister pour voir vous-même ce qu'est le Heritage Front, veuillez laisser votre nom et votre numéro de téléphone après le bip. Veuillez donner votre nom et votre numéro de téléphone à cause de la grève de la poste.

À la semaine prochaine, au revoir Canada.

Nous sommes le Heritage Front.

Luttant pour un meilleur lendemain.

## [TRADUCTION] ANNEXE II

g

. . .

16-1-92

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage.

Pourquoi les livres d'histoire présentent-ils les colons blancs comme des sauvages ne cherchant qu'à tuer les nobles autochtones, pourquoi les longs métrages comme «Dances With Wolves» passent-ils sous silence les tortures et les meurtres brutaux qui faisaient partie intégrante des cultures amérindiennes, pour présenter les autochtones comme des anges. Qui-conque prétend que cette terre et tout ce qu'il y a dessus appartient aux autochtones est manifestement un ignorant.

Il est prouvé qu'ils arrivèrent d'Asie en traversant le détroit de Béring il y a à peu près 10 000 ans, mais ce n'est pas parce qu'ils sont les premiers à arriver ici, que le Canada leur appartient. En l'espace d'un seul siècle, les pionniers blancs ont réussi ce dont aucun Indien n'aurait pu rêver. Ils ont construit des villes, des ponts, des barrages, et ont apporté la décence et la charité chrétienne aux tribus guerrières.

The taxpayers' money is wasted by the unreal land claim demands which are flooding the Canadian courts, many of the areas have already been traded away to the missionaries but the Indians are never pleased with the privileges they enjoy, like not paying taxes and hunting all year long. Who do you think this land belongs to?

If you would like to answer this question or want more information, feel free to leave your name, address and telephone number after the tone.

### APPENDIX III

15-1-93

Thank you for calling the Heritage Hotline and in politics what a sad state of affairs it is when a so-called grass root party kowtow to a special interest group. Reform Party leader, Preston Manning gave an awkward and embarrassing speech as he bent over backwards at a B'nai Brith hosted event. He also rolled over and did backflips but this act was not appreciated. Preston Manning wants their community to join the Reform Party so to inoculate his party against racism. Maybe he wants to replace it with their brand of racism. Need a new speech writer Preston? And in the obituaries, communist spy Helen Kroeger has died in Russia at the age of 79. Peter and Helen Kroegers' real names were Morrison and Lola Cohen. They worked with communist spies, Julius and Ethel Rosenberg, who were fried in the electric chair in 1953. Shocking isn't it? Well, Helen Kroeger and hubby certainly deserved a similar fate but they escaped America to Britain where they continued their traitorous activities until they were eventually imprisoned. For more information, leave your name and telephone number. Thank you.

### APPENDIX IV

8-1-93

Thank you for calling the Heritage Hotline. Two thumbs down. Hollywood has done it again. Tinsletown will tug on your heart strings over their poor persecuted Charlie Chaplin. But we know that the little tramp was a little traitor. The notion that those who love money couldn't be communist is absurd. A prime example is Charlie Chaplin, a man of enormous wealth earned in America under its system. Charlie Chaplin despised and attacked that same system so vicious that even the State Department excluded him from America for his pro-communist activities. At first glance, it's difficult to understand why a man who enjoyed so much largesse and wealth from America as Chaplin did could possibly be a communist. One simple fact explains it. The same fact that you will find at the bottom of almost all communist activities. Charlie Chaplin's real name was Israel Thornstein. His communist tendencies and sexual

L'argent des contribuables est gaspillé sur les revendications territoriales non fondées qui ont inondé les tribunaux du Canada; un grand nombre de régions avaient été cédées aux missionnaires mais les Indiens ne sont jamais contents des privilèges dont ils jouissent, par exemple l'exemption d'impôt et le droit de chasser tout au long de l'année. À qui appartient cette terre, à votre avis?

Si vous voulez avoir la réponse à cette question et si vous désirez avoir plus d'informations, veuillez laisser votre nom, votre adresse et votre numéro de téléphone après le bip.

### [TRADUCTION] ANNEXE III

15-1-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage et en politique, ça va mal quand un parti soi-disant du peuple plie l'échine devant un groupe de pression. Le leader du Parti réformiste, Preston Manning, a fait un discours maladroit et embarrassant pendant qu'il se mettait en quatre lors d'une réunion organisée par le B'nai Brith. Il s'est aussi roulé par terre et a fait des sauts périlleux renversés, mais sa prestation n'a pas été appréciée. Preston voulait que cette communauté adhère au Parti réformiste afin de vacciner celui-ci contre le racisme. Peut-être veut-il le remplacer par leur propre marque de racisme. As-tu besoin d'un nouveau nègre pour tes discours, Preston? Et pour passer aux notices nécrologiques, l'espionne communiste Helen Kroeger est morte en Russie à l'âge de 79 ans. Peter et Helen Kroeger s'appelaient en réalité Morrison et Lola Cohen. Ils travaillaient avec les espions communistes Julius et Ethel Rosenberg, qui étaient morts sur la chaise électrique en 1953. Choquant, n'est-ce pas? Eh bien, Helen Kroeger et son mari méritaient certainement le même sort mais ils se sont enfuis d'Amérique pour la Grande-Bretagne où ils avaient poursuivi leurs activités traîtresses jusqu'à ce qu'ils soient mis en prison. Pour plus d'informations, laissez votre nom et votre numéro de téléphone. Merci.

### [TRADUCTION] ANNEXE IV

8-1-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage. Ça ne va pas, mais alors pas du tout. Hollywood fait encore des siennes. La capitale du clinquant veut solliciter vos glandes lacrymogènes pour son pauvre Charlie Chaplin le persécuté devant l'éternel. Mais nous savons que le petit vagabond est aussi un petit traître. L'idée que ceux qui aiment l'argent ne peuvent être communistes est absurde. Une parfaite illustration en est Charlie Chaplin, qui a amassé une fortune énorme en Amérique et sous son régime. Charlie Chaplin méprisait et attaquait ce même régime de façon si virulente que même le State Department l'a exclu d'Amérique pour activités procommunistes. À première vue, il est difficile de comprendre comment un homme qui a reçu de l'Amérique autant de largesses et de richesses que Chaplin pourrait être un communiste. Un simple fait peut l'expliquer. Charlie Chaplin s'appelait en réalité Israel

attitudes were his norm. Charlie Chaplin was not a genius though Hollywood tells us so. Anyone who made films in that era would've enjoyed the same notoriety. The Heritage Front believes in the truth. Not in Hollywood propaganda. Charlie Chaplin was a communist and a traitor. Two thumbs down for the little tramp. For more information, leave your name and telephone number. Thank you.

## APPENDIX V

. . .

3-2-93

Thank you for calling the Heritage Hotline. Conflict is the rule where ever two or more well-defined ethnic groups inhabit the same territory. This conclusion emerges from the writings of scholars who have furiously investigated ethnic relations on a world scale. Newspaper columnist Richard Reeves noted that racism is a part of life and that race war is a real threat in many countries. Reeves added that he has yet to see a place on our planet where people are truly not racist. Bitter tribal divisions in Africa, religious and ethnic hatred in the Middle East and Northern Ireland, and tensions over mass immigration to Western Europe. Most Asian countries share the belief that a society is strongest when its members all come from the same race or ethnic group. Self preservation is the natural law. Canadians of European decent are experiencing concerns about group survival and integrity. This is understandable. Each race creates the kind of society that is natural for them. Official multiculturalism will teach us one valuable lesson—you can't fool mother nature. For more information leave your name and telephone number. Thank you.

## APPENDIX VI

. . .

4-2-93

Thank you for calling the Heritage Hotline for a profile of the radical left. Today we profile Kevin Thomas, spokesman for the ARA. That stands for anti-racist action. But Kevin Thomas is many things. He is also an anarchist. Kevin does an anarchist radio show on Tuesday afternoons at 12:30 p.m. It's on CINT FM and the show is called *Uppercuts*. Sounds like a pretty hard hitting show, right? Wrong. I challenged Kevin Thomas to a debate on next Tuesday's show, I publicly wanted to slam the misuse and overuse of the word Nazi. Kevin told me that he believed in debate but would not debate me. And why won't he debate me? Simple—I'm right and he's wrong. This anti-racist anarchist is unable to debate me. I win by default. Kevin knows that whites have as much rights as any racial group to celebrate their heritage. That's not Nazism. Most people don't even know that the word Nazi is a compound word meaning National Socialist. This was a pan-Germanic political party that ceased to exist in 1945. Those who promote hatred against whites always use the same old trick.

Thornstein. Il était guidé par ses tendances communistes et ses penchants sexuels. Charlie Chaplin n'était pas un génie, quoi qu'en dise Hollywood. Quiconque faisait des films à cette époque aurait joui de la même notoriété. Le Heritage Front croit en la vérité. Non à la propagande hollywoodienne. Charlie était un communiste et un traître. Deux fi pour le petit vagabond. Pour plus d'informations, laissez votre nom et votre numéro de téléphone. Merci.

## [TRADUCTION] ANNEXE V

. . .

3-2-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage. Le conflit est la règle là où le même territoire abrite plusieurs groupes ethniques bien définis. C'est la conclusion qui se dégage d'études faites par des chercheurs qui ont analysé à fond les relations ethniques à travers le monde. Le chroniqueur Richard Reeves fait observer que le racisme fait partie intégrante de la vie et que la guerre raciale est une véritable menace dans nombre de pays. Il ajoute qu'il n'a pas encore vu sur notre planète un seul pays où les gens ne sont vraiment pas racistes. Les disputes tribales acrimonieuses en Afrique, la haine religieuse et ethnique au Moyen-Orient et en Irlande du Nord, et les tensions engendrées par l'immigration massive en Europe occidentale. La plupart des pays d'Asie partagent la croyance que la société est la plus forte quand tous ses membres appartiennent à la même race ou à la même ethnie. L'instinct de conservation participe de la loi naturelle. Les Canadiens d'origine européenne commencent à s'inquiéter pour la survie et l'intégrité de leur groupe. Ça se comprend. Chaque race crée la société qui lui est naturelle. Le multiculturalisme officiel nous aura enseigné une leçon précieuse: on ne peut pas tromper mère nature. Pour plus d'informations, laissez votre nom et votre numéro de téléphone. Merci.

## [TRADUCTION] ANNEXE VI

. . .

4-2-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage pour un profil de la gauche. Nous parlons aujourd'hui de Kevin Thomas, porte-parole de l'ARA, c'est-à-dire de l'Action antiraciste. Mais Kevin Thomas est beaucoup de choses à la fois. Il est aussi anarchiste. Kevin anime une émission de radio anarchiste le mardi après-midi à 12 h 30. C'est au poste CINT FM et ça s'appelle *Uppercuts*. Ça fait pas mal percutant, n'est-ce pas? Eh bien non, ça ne l'est pas. J'ai défié Kevin Thomas à un débat à l'émission de mardi prochain, je tenais à condamner publiquement le galvaudage du mot nazi. Kevin m'a dit qu'il croit aux débats mais qu'il ne m'affrontera pas dans un débat. Et pourquoi ne veut-il pas m'affronter? C'est simple, c'est parce que j'ai raison et qu'il a tort. Cet anarchiste antiraciste n'est pas capable de m'affronter dans un débat. Je gagne par forfait. Kevin sait que les Blancs ont autant que n'importe que autre groupe racial le droit de célébrer leur patrimoine. Ce n'est pas du nazisme, ça. La plupart des gens ne savent même pas que le mot nazi est un mot composé signifiant national-

Since Nazism included white unity, they tried to equate any white unity to Nazism. This is ludicrous, and intelligent people will recognize these antics as hate mongering. Kevin Thomas' true colours are showing. Kevin the anarchist is not a good debater. And Kevin the anti-racist is the true hater. For more information, leave your name and telephone number. Thank you.

## APPENDIX VII

. . .

5-2-93

Thank you for calling the Heritage Hotline. Immigration became a major media issue in the summer of 1986 when Canadians learned about the immediate acceptance of the Tamil boat people. Opponents of this action wanted to know why people who broke the law trying to enter the country, then lied about their point of departure, should be allowed in on an administrative *[sic]* permit? The ideal is to clamour for more multiculturalism, however, praise the Mulroney government for its decisions. Prior to the 1950's, English Canadians believed that confederation existed for one reason. The British Connection. Canada's first Prime Minister, Sir John A. MacDonald said "A British subject I was born, and a British subject I will die". But united Canadians was not a common geography, was not a desire to trade over long distances, but a greater wish to remain with the British and not the American Empire. But the liberal ideology filled the identity vacuum following the post war retreat of the British Empire. Pierre Trudeau said that the future of mankind lies in multinationalism. Canada was to become an experimental united nation for the world to stare in awe at. But our forefathers did not believe that integrating cultures and races would bring peaceful results. If they could see what we allowed to happen, they'd roll in their graves. For more information leave your name and telephone number. Thank you.

## APPENDIX VIII

. . .

8-2-93

Thank you for calling the Heritage Hotline. Most of the media has portrayed Heritage Front supporters in a stereotypical manner. Those who scream about stereotyping people are often the most extreme at doing it. The truth is, there is no typical Heritage Front supporter because many people see right through the media smear campaign. We have no interest in people who think like their TV set. We have no interest in people who are unwilling or unable to apply their own intellect. The Heritage Front is seeking new and progressive ideas from concerned citizens. And we're getting them from all walks of life: labourers,

socialiste. C'était le nom d'un parti politique pangermaniste qui a cessé d'exister en 1945. Ceux qui encouragent la haine contre les Blancs ont toujours recours à cette tactique éculée. Puisque le nazisme comprenait l'unité des Blancs, ils ont essayé d'assimiler tout mouvement d'unité des Blancs au nazisme. Voilà qui est ridicule, et les gens intelligents y vont tout de suite une promotion de la haine. Kevin Thomas montre ses vraies couleurs. Kevin l'anarchiste n'est pas un bon argumentateur. Et Kevin l'antiraciste est celui qui est pétri de haine. Pour plus d'informations, laissez votre nom et votre numéro de téléphone. Merci.

## [TRADUCTION] ANNEXE VII

. . .

4-2-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage. L'immigration a fait la manchette des médias à l'été 1986, lorsque le public canadien apprit que des transfuges de la mer tamils avaient été acceptés d'emblée. Ceux qui s'y opposent aimeraient savoir pourquoi des gens qui avaient essayé de violer la loi pour entrer dans le pays, puis avaient menti au sujet de leur point de départ, ont été admis par voie de permis ministériel. L'idéal c'est de demander davantage de multiculturalisme, de louer le gouvernement Mulroney pour ses décisions. Avant les années 1950, les Anglo-canadiens croyaient que la confédération existait pour une seule raison. Le lien britannique. Le tout premier Premier ministre du Canada, Sir John A. McDonald, a dit: «Je suis né sujet britannique, je mourrai sujet britannique». Mais ce qui unissait les Canadiens, ce n'était pas seulement un territoire commun, ou le désir de faire du commerce les uns avec les autres sur de longues distances, mais le désir bien plus grand de demeurer au sein de l'Empire britannique, non pas de l'Empire américain. Mais l'idéologie libérale s'est installée dans le vide laissé par la retraite de l'Empire britannique après la guerre. Pierre Trudeau a dit que l'avenir de l'humanité est dans le multinationalisme. Canada devait devenir une nation unie expérimentale offerte au regard émerveillé du monde. Mais nos ancêtres ne pensaient pas que l'intégration des cultures et des races donnerait des résultats pacifiques. S'ils pouvaient voir ce qui se passe parce que nous avons laissé faire, ils se retourneraient dans leurs tombes. Pour plus d'informations, laissez votre nom et votre numéro de téléphone. Merci.

## [TRADUCTION] ANNEXE VIII

. . .

8-2-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage. La plupart des médias donnent une image stéréotypée des partisans du Heritage Front. Ceux qui jettent de hauts cris contre la caractérisation stéréotypée des gens sont souvent ceux qui s'y livrent le plus. La vérité c'est qu'il n'y a pas un type de partisans du Heritage Front, parce qu'un grand nombre de personnes percent à jour la campagne de dénigrement de la presse. Les gens qui pensent comme leur téléviseur ne nous intéressent pas. Les gens qui ne veulent ou ne peuvent pas exercer leurs capacités intellectuelles ne nous intéressent pas. Le Heritage Front

civil workers, teachers, students and entrepreneurs. Even environmental groups now admit that immigration policy must be integrated into a population policy based on our economic and environmental potential. Some self-described moderate liberals are extremely fed up with political correctness and are now ready to hear some common sense. Even people who had believed that anti-racism was a noble cause, now realize that the anti-racist movement is blatantly anti-white. So turn off your TV set and meet the real Heritage Front. Leave your name and telephone number and a Heritage Front representative will get back to ya shortly.

## APPENDIX IX

. . .

9-2-93

Thank you for calling the Heritage Hotline. Many people now agree that Canada has become a tragedy. As most students of shakespearean tragedies may recall, a tragedy is an event that occurs when one's own actions lead not merely to a failure to achieve one's own potential, but ultimately to the point of one's own self destruction. Canada should have the highest standard of living in the world. A clean environment and a society that respects individual rights and freedom. But this is not the Canada of 1993. We've gone from freedom to socialism; from fair play to discrimination; from prosperity to bankruptcy. Most young Canadians will never be able to afford a house of their own in their own Country. Changes will not come from vote-hungry politicians but from an informed citizenry. But now they want to silence any opinion which might offer any real insights or solutions. The government in Ottawa and their friends are certainly trying every trick in the book to shut this hotline down. This has created a volatile situation. Many citizens want to know why anyone's freedom of speech should be stifled. If you are truly a freedom loving Canadian, then its time you learn the truth. For more information, leave your name and telephone number and a Heritage Front representative will get back to you shortly. Thank you.

## APPENDIX X

. . .

10-2-93

Thank you for calling the Heritage Hotline. The Heritage Front receives many interesting letters. Here's one of them:

Dear Heritage Front: I'm not ashamed to say that I'm kind of an old hippie who used to participate in many peace demonstrations. This made me attracted to the so called anti-racist movement. I met with several organizers who suppos-

recherche des idées nouvelles et progressives de la part des citoyens qui se préoccupent de la situation. Et nous les recevons de toutes les couches sociales: manœuvres, fonctionnaires, enseignants, étudiants et entrepreneurs. Même les groupes d'environnementalistes reconnaissent maintenant que la politique d'immigration doit être intégrée dans une politique démographique fondée sur notre potentiel économique et environnemental. Certains libéraux soi-disant modérés en ont vraiment assez du conformisme de pensée politique et sont maintenant prêts à entendre la voie du bon sens. Même les gens qui croyaient que l'antiracisme était une cause noble, se rendent maintenant compte que le mouvement antiraciste est effrontément anti-Blancs. Débranchez donc votre téléviseur et faites connaissance avec le vrai Heritage Front. Laissez votre nom et votre numéro de téléphone et un représentant du Heritage Front vous rappellera sous peu.

## [TRADUCTION] ANNEXE IX

. . .

9-2-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage. Nombre de gens conviennent maintenant que le Canada est devenu une tragédie. Comme la plupart de ceux qui ont étudié les drames shakespeariens peuvent se le rappeler, une tragédie est un événement qui se produit quand les propres actions du protagoniste ne lui permettent pas de réaliser son potentiel, mais le conduisent à l'auto-destruction. Le Canada aurait dû avoir le niveau de vie le plus élevé au monde. Un environnement propre et une société qui respecte les droits et libertés de l'individu. Mais tel n'est pas le Canada de 1993. Nous sommes passés de la liberté au socialisme, du fair-play à la discrimination, de la prospérité à la faillite. La grande majorité des jeunes Canadiens ne pourront jamais s'offrir leur propre maison dans leur propre pays. Les changements ne seront pas le fait des politiciens qui ne s'intéressent qu'aux votes, mais des citoyens avertis. Mais maintenant ils cherchent à étouffer toute opinion qui pourrait offrir des vues justes ou des solutions. Le gouvernement d'Ottawa et ses amis essaient toutes les manœuvres possibles pour fermer la ligne directe. Cela a créé une situation tendue. Un grand nombre de citoyens demandent à savoir pourquoi on peut violer la liberté d'expression de qui que ce soit. Si vous êtes vraiment un Canadien épris de liberté, il est temps que vous appreniez la vérité. Pour plus d'informations, laissez votre nom et votre numéro de téléphone et un représentant du Heritage Front vous rappellera sous peu. Merci.

## [TRADUCTION] ANNEXE X

. . .

i 10-2-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage. Le Heritage Front reçoit un grand nombre de lettres intéressantes. En voici une:

Cher Heritage Front, je n'ai pas honte de dire que je suis un vieux hippie qui avais participé à quantités de manifestations pacifistes. C'est ce qui me prédisposait favorablement envers le mouvement antiraciste. J'ai rencontré plusieurs

edly fight racism and learned quickly that this was not their agenda at all. When they began spewing truly hateful words about your organization, I couldn't help but be suspicious. When I asked them if Blacks and other minorities could be racist most of them actually said no. Then I knew they weren't sincere. I listen to some of your phone messages and am opposed to most of what you say but the so called anti-racists I spoke to were terribly hypocritical. They were racist themselves, but only towards whites. I have come to the conclusion that their form of anti-white racism is no better than your racism. I say a pox on both your houses. Yours sincerely, Mark, from Scarborough Ontario.

For more information, leave your name and telephone number and a Heritage Front representative will get back to ya shortly. Thank you.

#### APPENDIX XI

. . .

11-2-93

Thank you for calling the Heritage Hotline. And new sports, if you thought that the Super Bowl game had some hard hits then you should have seen the parade. Pictures don't lie. And we wonder if this type of brutal conduct should draw a major penalty. What was the reason behind these attacks in the streets of Dallas Texas? The Rodney King civil trial didn't even start yet. Those who brutalized Reginald Denny in a racist attack, haven't even been sentenced yet. This was the Super Bowl Parade. It was supposed to be fun. So why did these savage attacks occur? The answer is simple. Race is a characterized community of hereditary factors, and characters like this can really rain on your parade. Dallas, L.A. and Toronto will all burn in the end. Many other cities will burn also. Will that be the Heritage Front's fault? No way. You can't pin it on the Heritage Front. You can pin it on the liberal lefts who are offended by honest discussion on these vital issues. The Heritage Front has answers. To hear some answers, leave your name and telephone number and a Heritage Front representative will get back to ya shortly. Thank you.

#### APPENDIX XII

. . .

12-2-93

Thank you for calling the Heritage Hotline. And in politics, who is responsible for lighting the fuse to Canada's Immigration time bomb. It was Lester B. Pearson who introduced the new Canada to be. Pierre Trudeau instigated the frame work. Clark and Mulrony fleshed it out with help from the Flora

organisateurs qui étaient censés combattre le racisme, mais je me suis tout de suite rendu compte que ce n'est pas ça leur programme. Lorsqu'ils ont commencé à proférer des propos haineux contre votre organisation, je n'ai pas pu m'empêcher d'être soupçonneux. Quand je leur ai demandé si les Noirs et les autres minorités pouvaient être racistes, la plupart d'entre eux ont vraiment répondu non. J'ai su alors qu'ils n'étaient pas sincères. J'écoute certains de vos messages téléphoniques et je suis opposé à la plus grande partie de ce que vous dites, mais les soi-disant antiracistes que j'ai rencontrés sont terriblement hypocrites. Ils sont eux-mêmes racistes, mais seulement à l'égard des Blancs. Je suis parvenu à la conclusion que leur forme de racisme anti-Blancs n'est guère meilleur que votre racisme. Que vous soyez maudits les uns et les autres. Sincèrement vôtre, Mark, de Scarborough (Ontario).

Pour plus d'informations, laissez votre nom et votre numéro de téléphone et un représentant du Heritage Front vous rappellera sous peu. Merci.

#### [TRADUCTION] ANNEXE XI

d

. . .

1-2-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage. Et amateurs de sports, si vous pensiez que le Super Bowl avait son compte de coups brutaux, vous auriez dû voir la parade. Les images ne mentent pas. Et nous nous demandons si ce type de comportement brutal ne devrait pas être puni d'une pénalité majeure. Qu'est-ce qui a motivé ces agressions dans les rues de Dallas, au Texas? Le procès civil Rodney King n'était même pas ouvert. Aucun jugement n'avait été encore rendu dans le procès de ceux qui avaient brutalisé Reginald Denny dans une agression raciste. Dans ce cas, c'était la parade du Super Bowl. Ce devait être l'occasion de s'amuser. Alors pourquoi ces agressions sauvages? La réponse est simple. La race est une communauté caractérisée de facteurs héréditaires, et des caractères comme ceux-là peuvent réellement tomber sur votre parade. Dallas, L.A. et Toronto brûleront toutes à la fin. Nombre d'autres villes brûleront aussi. Est-ce que ce sera la faute du Heritage Front? Mais non. Vous ne pouvez pas en imputer la faute au Heritage Front. Vous pouvez en attribuer la faute aux libéraux de gauche qui sont offusqués par la discussion honnête de ces questions vitales. Le Heritage Front a les réponses. Si vous voulez les entendre, laissez votre nom et votre numéro de téléphone et un représentant du Heritage Front vous rappellera sous peu. Merci.

#### [TRADUCTION] ANNEXE XII

i

. . .

12-2-93

Merci d'avoir appelé la ligne directe de Heritage. Et en politique, qui doit endosser la responsabilité d'avoir allumé l'amorce de la bombe à retardement de l'immigration au Canada? C'était Lester B. Pearson qui a esquissé le nouveau Canada à venir. Pierre Trudeau en a jeté les bases. Clark et



MacDonalds and Barbara McDougalls. Where did they get this mandate? Immigration is a time bomb getting ready to explode. The Canadian government is trying to paper this over and are very busy writing new laws to stop Canadians from speaking up. Mackenzie King once said that a country should surely have the right to determine what streams of blood it wishes to have in its population. Where are those with the convictions to stop the sell-out of Canadians? Before Lester Pearson, Canada was on its way to becoming a nation of Canadians. If present trends continue the word Canada will only be a geographic designation. No identity, no nation and no future. Leave your name and telephone number and a Heritage Front representative will get back to ya shortly. Thank you.

*a* Mulroney lui ont donné forme avec l'aide des Flora MacDonald et des Barbara McDougall. Qui leur a confié ce mandat? L'immigration est une bombe à retardement, prête à exploser. Le gouvernement canadien essaie d'en cacher les vices et s'occupe activement à formuler des lois pour museler le public canadien. McKenzie King a dit une fois qu'un pays avait certainement le droit de décider quel sang il voulait voir dans les veines de sa population. Où sont ceux qui ont la conviction nécessaire pour mettre un terme au bradage des Canadiens? Avant Lester Pearson, le Canada était en voie de devenir une nation de Canadiens. Si les tendances actuelles se poursuivent, le mot Canada ne sera plus qu'un nom géographique. Pas d'identité, pas de nation et pas d'avenir. Laissez votre nom et votre numéro de téléphone et un représentant du Heritage Front vous rappellera sous peu. Merci.

A-120-91

**Dai Nguyen of Groupe Solidarité, Luong Manh Nguyen (Appellants) (Applicants)**

v.

**The Minister of Employment and Immigration (Respondent) (Respondent)**

*INDEXED AS: NGUYEN v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Hugessen and Stone J.J.A.—Winnipeg, June 1; Ottawa, July 12, 1993.

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Appeal from denial of certiorari, mandamus — Appellant, L.N., awaiting repatriation to Vietnam in Hong Kong detention camp as not meeting definition of Convention refugee — CIC telexing Hong Kong office Canadian sponsors filing undertaking of support — Hong Kong visa officers not sending application for landing form to L.N. as inaccessible to Canadian officials, having failed Hong Kong Convention refugee screening — Although no decision to which certiorari applied, Minister and officials having duty to furnish application for landing form upon request, express or implied — Request implied from sponsorship undertaking — As L.N. not free agent, not expected to appear in person — Practice according to Immigration Manual to send forms — Cannot avoid duty by asserting will be prevented from carrying it out without making attempt.*

*Judicial review — Prerogative writs — Mandamus — Appeal from denial of mandamus requiring M.E.I. to process sponsorship application — Visa officers in Hong Kong not sending application for landing form to appellant awaiting repatriation to Vietnam in detention camp, although advised undertaking of support filed, as believed appellant, L.N. inaccessible because failed Hong Kong screening for Convention refugee status — Normal practice according to Immigration Manual to send form — Failure to comply with Manual, mere administrative directives, not necessarily breach of duty — Manual sets out sound administrative practice — Implied duty to furnish application form on request, express or implied — Request implied from sponsorship undertaking — Minister, officials cannot avoid duty by asserting will be prevented from carrying it out without trying.*

A-120-91

**Dai Nguyen du Groupe Solidarité, Luong Manh Nguyen (appelants) (requérants)**

a c.

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration (intimé) (intimé)**

*RÉPERTOIRE: NGUYEN c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Hugessen et Stone, J.C.A.—Winnipeg, 1<sup>er</sup> juin; Ottawa, 12 juillet 1993.

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel contre le refus d'accorder une ordonnance de certiorari, de mandamus — L'appellant, L.N., attend, dans un camp de détention à Hong Kong, d'être rapatrié au Viêt-Nam car il ne satisfait pas à la définition de réfugié au sens de la Convention — Le CIC a envoyé un télex à Hong Kong indiquant qu'il y avait eu un engagement de parrainage au Canada — Les agents des visas à Hong Kong n'ont pas envoyé de formulaire de demande de droit d'établissement à L.N., les fonctionnaires canadiens n'ayant pas accès à l'appellant car il n'avait pas été sélectionné à titre de réfugié au sens de la Convention — Bien qu'il n'y ait aucune décision ouvrant droit à certiorari, le ministre et les fonctionnaires sont tenus de fournir un formulaire de demande de droit d'établissement sur demande expresse ou implicite — La demande ressortait de l'engagement de parrainage — Étant donné que L.N. n'était pas libre, on ne pouvait s'attendre à ce qu'il se présente en personne — Selon le guide de l'immigration, il est d'usage d'envoyer les formulaires — Le ministre et les fonctionnaires ne peuvent échapper à leur obligation en affirmant qu'ils seront empêchés de l'accomplir sans même avoir tenté de l'accomplir.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Mandamus — Appel contre le refus d'accorder une ordonnance de mandamus exigeant que le M.E.I. traite la demande de parrainage — Les agents des visas à Hong Kong n'ont pas transmis le formulaire de demande de droit d'établissement à l'appellant, qui attend dans un camp de détention, d'être rapatrié au Viêt-Nam, bien qu'ils aient été avisés de la présentation d'un engagement de parrainage, car ils croyaient ne pas avoir accès à l'appellant parce qu'il n'avait pas été sélectionné à titre de réfugié au sens de la Convention — Selon le guide de l'immigration, il est d'usage d'envoyer le formulaire — Le non-respect des simples directives administratives du Guide ne constitue pas nécessairement une inexécution de l'obligation — Le Guide établit de saines pratiques administratives — Il existe une obligation implicite de transmettre le formulaire de demande sur demande, expresse ou implicite — La demande ressortait de l'engagement de parrainage — Le ministre et les fonctionnaires ne peuvent échapper à leur obligation en affirmant*

This was an appeal from the dismissal of a motion for orders (1) setting aside the respondent's decision that the appellant, Luong Manh Nguyen (L.N.), must pass Hong Kong screening to come to Canada as a refugee or member of a designated class and (2) requiring the respondent to process the sponsorship of the appellant.

The appellant, L.N., arrived in Hong Kong from Vietnam after the cut-off date for the automatic grant of *de facto* refugee status earlier conferred on Indochinese asylum seekers. He was "screened out" by the Hong Kong authorities as a person who did not satisfy the Convention refugee definition and is now awaiting repatriation in a detention camp in Hong Kong. His brother, a Canadian citizen, as part of a group of church-based persons and organizations, seeks to sponsor his immigration to Canada. The sponsorship application was made pursuant to the *Indochinese Designated Class Regulations*, which exempt the Indochinese Designated Class from certain requirements normally imposed on prospective immigrants i.e. having to fall within the definition of Convention refugee. The Winnipeg Office of Employment and Immigration Canada telexed the Office of the Commissioner for Canada in Hong Kong that the sponsorship application had been made, but the latter did not send an application for landing form to L.N., saying that he was inaccessible to Canadian officials because he had failed Hong Kong screening for Convention refugee status. The Immigration Manual provides that normally upon receipt of the telex advising the overseas post that a sponsorship application has been approved and an undertaking of support signed, the overseas post will send an application for landing form to the individual. The appellants argued that (1) since the Canadian Government has declared an intention to facilitate the entry into Canada of Indochinese, it is wrong to impose a precondition that they first be found by another state to be Convention refugees; (2) that the Minister was under a legal duty to seek out L.N. in the detention camp and provide him with the landing application form.

The Motions Judge held that the Minister had made no decision in respect of which *certiorari* could lie, and the respondent was under no duty in respect of which an order of *mandamus* should be made.

*Held* (Isaac C.J. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Hugessen J.A. (Stone J.A. concurring): There was no decision to which *certiorari* could apply.

The Minister's failure to provide an application for landing form was a breach of his duty. The Immigration Manual is merely a set of administrative directives and does not have the force of law. Failure to comply therewith does not necessarily involve a breach of duty which could give rise to an order of

*qu'ils seront empêchés de l'accomplir sans même avoir tenté de l'accomplir.*

Il s'agit d'un appel interjeté contre le rejet d'une requête visant à obtenir des ordonnances (1) afin d'infirmer la décision de l'intimé selon laquelle l'appellant Luong Manh Nguyen (L.N.), pour venir au Canada à titre de réfugié ou de membre d'une catégorie désignée, doit passer la sélection à Hong Kong et, (2) obligeant l'intimé à traiter le parrainage de l'appellant.

L'appellant, L.N., est arrivé à Hong Kong en provenance du Viêt-Nam après la date limite pour l'octroi automatique du statut de réfugié de fait auparavant accordé aux demandeurs d'asile originaires des pays d'Indochine. Il n'a pas été retenu dans le processus de sélection par les autorités de Hong Kong en tant que réfugié au sens de la Convention; il attend maintenant d'être rapatrié, dans un camp de détention à Hong Kong. Son frère, un citoyen canadien d'origine vietnamienne faisant partie d'un groupe de personnes et d'organisations d'affiliation religieuse, est intéressé à parrainer l'immigration au Canada de l'appellant. La demande de parrainage a été faite conformément au *Règlement sur la catégorie désignée d'Indochinois*, qui prévoit que les personnes originaires de certains pays d'Indochine n'ont pas à respecter les exigences normales pour immigrer, c.-à-d. de correspondre à la définition de réfugiés au sens de la Convention. Le bureau de Winnipeg d'Emploi et Immigration Canada a indiqué par télex au Bureau du Commissariat du Canada à Hong Kong qu'une demande de parrainage avait été faite, mais ce dernier n'a pas transmis le formulaire de demande de droit d'établissement parce que les fonctionnaires canadiens n'avaient pas accès à l'appellant, car il n'avait pas été sélectionné par Hong Kong à titre de réfugié au sens de la Convention. Le Guide de l'immigration prévoit que, normalement, lorsqu'un bureau à l'étranger reçoit un telex qu'une demande de parrainage a été approuvée et qu'un engagement a été signé, le bureau envoie un formulaire de demande du droit d'établissement à la personne concernée. Les appelants ont soutenu (1) que le gouvernement canadien a tort d'imposer aux ressortissants d'Indochine, comme condition préalable d'admission au Canada, l'obligation d'avoir été reconnu en tant que réfugiés au sens de la Convention par un autre État, puisqu'il a déclaré son intention de faciliter l'admission au pays des ressortissants indochinois; (2) que le ministre avait l'obligation légale de communiquer avec L.N. dans le camp de détention et de lui transmettre le formulaire de demande du droit d'établissement.

Le juge des requêtes a conclu que le ministre n'avait pris aucune décision contre laquelle une ordonnance de *certiorari* serait recevable et qu'il n'avait aucun devoir ou obligation donnant ouverture à une ordonnance de *mandamus*.

*Arrêt* (le juge en chef Isaac dissident): l'appel est accueilli.

Le juge Hugessen, J.C.A. (avec l'assentiment du juge Stone, J.C.A.): Il n'existe aucune décision contre laquelle un *certiorari* est recevable.

Le défaut du ministre de fournir un formulaire de demande de droit d'établissement équivaut à un manquement à un devoir. Le Guide de l'immigration est simplement un ensemble de directives administratives et il n'a pas force de loi. Le défaut de respecter le guide en soi n'implique pas nécessaire-

*mandamus*. But not all duties imposed by law are express. An implied duty is nonetheless enforceable. The Immigration Manual indicates sound administrative practice, and the way in which the Act and Regulations are applied "on the ground". Although the Act and Regulations make it seem that an application for landing must always precede a sponsorship, the reality, as confirmed by the Manual, is that the undertaking of sponsorship is invariably executed first and the application for landing comes later.

The visa officers in Hong Kong were under a duty to furnish L.N. with an application for landing upon request. That there was no express request for the form does not mean that there was no duty. It was implied from the sponsorship undertaking that the appellant wished to apply for landing. The Manual shows that such inference is drawn as a matter of course. The sponsorship undertaking also shows that the appellant was not a free agent: his address was the detention camp. In those circumstances he could not be expected to present himself at the Commission office. The Immigration Manual establishes that it is current practice to send the application form. Persons in the appellant's position are entitled to send and receive letters. Therefore, the Minister had a request for the form and the means to give effect thereto. The Minister and his officials cannot avoid that duty by simply asserting that they will be prevented from carrying it out without even having tried to do so. An officer's view that an application is likely to be unsuccessful cannot be an excuse for refusing to allow the application to be made. Secondly, it is by no means clear that access would inevitably be denied to Canadian immigration officials if it was sought.

*Per Isaac C.J. (dissenting)*: There was no decision against which *certiorari* could be given. The Minister did not decide that the appellant was required to pass the Hong Kong screening to apply for an immigrant visa. He made no decision. His inaction was simply as a result of the fact that no application for landing had been made.

Nor did the Minister refuse to process the sponsorship application. The sponsorship application was not cancelled, but was held in abeyance pending a decision by Hong Kong authorities as to whether L.N. would be screened in. Since there was no application for landing, there was nothing to sponsor and no duty to consider. The *Indochinese Designated Class Regulations* are predicated on there being an application to enter Canada. The Minister cannot be compelled to process the sponsorship application because there was nothing to which the sponsorship application could attach.

The argument that, since the Minister could have complied with the Manual he was obliged to do so, was based on the assumption that the internal directives (Immigration Manual) could form the basis of a public duty sufficient to support the

ment le manquement à un devoir du genre qui pourrait donner lieu à une ordonnance de *mandamus*. Toutefois, les obligations imposées par la loi ne sont pas toutes expresses. Une obligation implicite a néanmoins force exécutoire. Le Guide de l'immigration indique un usage administratif valable et la façon dont la Loi et le Règlement sont en fait appliqués «dans le quotidien». Bien qu'il semble se dégager de la Loi ou du Règlement qu'une demande d'établissement doit toujours précéder un parrainage, en fait, comme le confirme le Guide, l'engagement de parrainage est invariablement exécuté d'abord, suivi de la demande d'établissement.

Les agents des visas à Hong Kong avaient le devoir de fournir à L.N. une demande d'établissement sur demande. Le fait qu'il n'y avait aucune demande expresse en vue d'obtenir le formulaire ne signifie pas qu'il n'y avait aucun devoir. Il ressortait de l'engagement de parrainage que l'appellant voulait demander le droit d'établissement. Le Guide montre qu'une telle déduction s'impose naturellement. L'engagement de parrainage prouve également que l'appellant n'était pas libre: son adresse est citée comme étant le Centre de détention. Dans ces circonstances, on pouvait difficilement s'attendre à ce qu'il se présente au bureau du Commissariat. Le Guide de l'immigration établit qu'il est d'usage courant d'envoyer le formulaire de demande. Les personnes dans la situation de l'appellant ont droit d'envoyer et de recevoir des lettres. Le ministre avait donc une demande en vue d'obtenir le formulaire et devait prendre les moyens pour lui donner suite. Le ministre et ses agents ne peuvent échapper à leur obligation en affirmant tout bonnement qu'on les empêchera de l'accomplir, sans même avoir tenté de l'accomplir. On ne peut invoquer comme excuse, pour refuser à quelqu'un la possibilité de faire une demande, qu'un agent est d'avis qu'elle serait éventuellement refusée. En second lieu, il n'est pas clair du tout que les agents d'immigration canadiens se verraient refuser inévitablement l'accès au camp s'ils le demandaient.

Le juge en chef Isaac (*dissident*): Il n'existait aucune décision en l'espèce contre laquelle une réparation par voie de *certiorari* pouvait être accordée. Le ministre n'a pas décidé que l'appellant devait réussir la pré-sélection à Hong Kong afin de pouvoir demander un visa d'immigrant. Il n'a pris aucune décision. Son inaction était due simplement au fait qu'aucune demande d'admission au Canada n'avait été présentée.

Le ministre intimé n'a pas refusé non plus de traiter la demande de parrainage. La demande de parrainage n'avait pas été annulée mais avait plutôt été laissée en suspens, en attendant que les autorités de Hong Kong décident si L.N. serait «sélectionné». Puisqu'il n'y avait pas eu de demande de droit d'établissement, il n'y avait rien à parrainer et par conséquent aucun devoir n'était imposé. Le *Règlement sur la catégorie désignée d'Indochinois* suppose au préalable l'existence d'une demande d'admission au Canada. Le ministre ne peut être obligé de «traiter» la demande de parrainage parce qu'il n'y avait rien à laquelle elle pourrait se rattacher.

L'argument selon lequel il incombait au ministre intimé de respecter les dispositions du *Guide de l'immigration*, puisqu'il aurait pu le faire se fonde sur la supposition que les directives internes (le Guide de l'immigration) pourraient constituer la

issue of a writ of *mandamus*. That assumption was false. The writ of *mandamus* is an extraordinary and discretionary remedy which lies to compel the performance of a legal duty, found either in a statutory provision or common law. Policy directives are no more than directions and are unenforceable by members of the public.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, ss. 7, 8, 9, 14.  
*Indochinese Designated Class Regulations*, SOR/78-931, s. 5 (as am. by SOR/89-408, s. 4).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis*, [1977] 2 F.C. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.); *Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 163; (1982), 45 N.R. 149 (C.A.); *Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 763; (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 265; 139 N.R. 182 (C.A.).

##### CONSIDERED:

*Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 91 N.R. 121 (C.A.).

##### REFERRED TO:

*Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285.

#### AUTHORS CITED

Jones, David Phillip and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPEAL from dismissal of motion ((1991), 44 F.T.R. 78) for an order setting aside the respondent's decision that Luong Manh Nguyen must pass Hong Kong screening to come to Canada as a refugee or member of a designated class and an order requiring the respondent to process the sponsorship undertaking. Appeal allowed.

#### COUNSEL:

*David Matas* for appellants (applicants).  
*Gerald L. Chartier* for respondent (respondent).

base d'un devoir public suffisant pour justifier un bref de *mandamus*. Cette supposition est fautive. Le bref de *mandamus* est un recours extraordinaire et discrétionnaire, dont l'objet est d'ordonner l'exécution d'une obligation légale fondée sur une disposition légale ou sur la common law. Les directives ne sont rien de plus que des instructions et la population n'a aucun recours pour assurer leur observation.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] Can. T.S. n° 6.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. 1985 (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).  
*Règlement sur la catégorie désignée d'Indochinois*, DORS/78-931, art. 5 (mod. par DORS/89-408, art. 4).  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 7, 8, 9, 14.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216; (1977), 73 D.L.R. (3d) 139 (C.A.); *Jiminez-Perez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 163; (1982), 45 N.R. 149 (C.A.); *Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 763; (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 265; 139 N.R. 182 (C.A.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363; (1988), 55 D.L.R. (4th) 321; 91 N.R. 121 (C.A.).

##### DÉCISION MENTIONNÉE:

*Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285.

#### DOCTRINE

Jones, David Phillip and Anne S. de Villars, *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell Co. Ltd., 1985.

APPEL contre le rejet d'une requête ((1991), 44 F.T.R. 78) visant à obtenir une ordonnance annulant la décision de l'intimé selon laquelle Luong Manh Nguyen, pour venir au Canada à titre de réfugié ou de membre d'une catégorie désignée, doit passer la sélection à Hong Kong et une ordonnance obligeant l'intimé à traiter l'engagement de parrainage. Appel accueilli.

#### AVOCATS:

*David Matas* pour les appelants (requérants).  
*Gerald L. Chartier* pour l'intimé (intimé).

## SOLICITORS:

*David Matas*, Winnipeg, for appellants (applicants).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent (respondent).

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

ISAAC C.J. (*dissenting*): This is an appeal from a decision of a Motions Judge in the Trial Division [(1991), 44 F.T.R. 78] which dismissed a motion by the present appellants for an order in the nature of *certiorari* to set aside the decision of the respondent that the appellant Luong Manh Nguyen must pass Hong Kong screening in order to come to Canada as a refugee or member of a designated class and an order requiring the respondent to process the sponsorship of the appellant Groupe Solidarité for the entry into Canada of the appellant Luong Manh Nguyen.

The learned Motions Judge held, on the materials before him, that the respondent had made no decision in respect of which *certiorari* could lie and was under no duty or obligation in respect of which an order of *mandamus* should be made.

FACTS

The appellant Luong Manh Nguyen is one of the scores of thousands of so-called "boat people" who left Vietnam in the years following the fall of the South Vietnamese Government in 1975. His brother, the appellant Dai Nguyen, is a Canadian citizen of Vietnamese origin. Dai Nguyen is part of a group of church-based persons and organizations which styles itself as the "Groupe Solidarité", and which is interested in sponsoring the immigration of the appellant Luong Manh Nguyen to Canada.

The Group Solidarité made application in Winnipeg, in September, 1989, to sponsor the immigration to Canada of Luong Manh Nguyen and his family. The sponsorship application was made pursuant to the *Indochinese Designated Class Regulations*, SOR/78-931, as amended, which provide that people

## PROCUREURS:

*David Matas*, Winnipeg, pour les appelants (requérants).

*Le sous procureur général du Canada* pour l'intimé (intimé).

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE EN CHEF ISAAC (*dissentant*): Il s'agit d'un appel interjeté contre une décision rendue par la Section de première instance. [(1991), 44 F.T.R. 78]. Dans cette décision, le juge rejetait une requête formulée par les présents appelants visant à obtenir, d'une part, une ordonnance de *certiorari* afin d'infirmer la décision de l'intimé selon laquelle l'appellant Luong Manh Nguyen, pour venir au Canada à titre de réfugié ou de membre d'une catégorie désignée, doit passer la sélection à Hong Kong et, d'autre part, une ordonnance obligeant l'intimé à traiter le parrainage de l'appellant Luong Manh Nguyen par l'appellant Groupe Solidarité en vue de l'admission de Nguyen au Canada.

Le juge des requêtes a conclu, d'après la documentation à sa disposition, que l'intimé n'avait pris aucune décision contre laquelle une ordonnance de *certiorari* serait recevable et qu'il n'avait aucun devoir ou obligation donnant ouverture à une ordonnance de *mandamus*.

LES FAITS

L'appellant Luong Manh Nguyen est l'un des vingtaines de milliers de «réfugiés de la mer» qui ont quitté le Viêt-Nam dans les années suivant la chute du gouvernement sud-vietnamien en 1975. Son frère, l'appellant Dai Nguyen, est un citoyen canadien d'origine vietnamienne. Il fait partie d'un groupe de personnes et d'organisations d'affiliation religieuse qui porte le nom de «Groupe Solidarité» et qui est intéressé à parrainer l'immigration au Canada de l'appellant Luong Manh Nguyen.

Le Groupe Solidarité a demandé en septembre 1989, à Winnipeg, de parrainer l'immigration au Canada de Luong Manh Nguyen et de sa famille. La demande d'immigration a été faite conformément au *Règlement sur la catégorie désignée d'Indochinois*, DORS/78-931 et ses modifications, qui prévoit que

from certain countries of Indochina may be permitted to enter Canada without having to comply with the normal requirements for immigration and without having to fall within the definition of Convention refugees as provided for in the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)].

On September 20, 1989, a memorandum was sent by telex from the Winnipeg Office of Employment and Immigration Canada to the Office of the Commissioner for Canada in Hong Kong indicating that the sponsorship application had been made in relation to the appellant Luong Manh Nguyen. For reasons which have not been made clear to us, though nothing turns on it, the telex was apparently not received in Hong Kong until September 25.

On January 4, 1990, the sponsorship application "came up for processing", as the immigration officials described it, in the Visa Section of the Office of the Commissioner for Canada in Hong Kong. Before setting out what happened to the sponsorship application, though, it is perhaps worthwhile to say a word at this point about the conditions in which would-be emigrants from Vietnam like Luong Manh Nguyen were living and which gave rise to the desire on the part of the Groupe Solidarité to sponsor Mr. Nguyen's immigration to Canada.

It is well-known that after the fall of Saigon to the North Vietnamese forces in 1975, a large-scale exodus of asylum seekers took place. The first wave of asylum seekers inspired an international conference held under the auspices of the United Nations in 1979. The result of this conference was a broadly based decision by both countries of first asylum (i.e. the countries of first arrival after leaving Indochina) and countries of final resettlement to treat Indochinese asylum seekers as *de facto* refugees, even though many of them might not have met the definition of refugee as set out in the Geneva Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6]. Unfortunately, the agreement did not appear to be of long standing, for by the mid-to-late 1980s,

les personnes originaires de certains pays d'Indochine peuvent obtenir la permission d'être admises au Canada sans avoir à respecter les exigences normales pour immigrer et sans avoir à correspondre à la définition de réfugiés au sens de la Convention prévue dans la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1)].

Le 20 septembre 1989, une note de service a été transmise par télex du bureau de Winnipeg d'Emploi et Immigration Canada au Bureau du Commissariat du Canada à Hong Kong, lui indiquant qu'une demande de parrainage avait été faite en ce qui concerne l'appelant Luong Manh Nguyen. Pour des raisons qui ne nous ont pas été expliquées et qu'il n'est pas essentiel que nous connaissions, le télex n'a apparemment pas été reçu à Hong Kong avant le 25 septembre.

Le 4 janvier 1990, la demande de parrainage «a été présentée pour être traitée», pour reprendre les termes des fonctionnaires de l'Immigration, à la section des visas du Bureau du Commissariat du Canada à Hong Kong. Toutefois, avant de passer à ce qui est arrivé à la demande de parrainage, il vaut peut-être la peine de dire un mot à cette étape-ci sur les conditions dans lesquelles vivaient les émigrants éventuels du Viêt-Nam comme Luong Manh Nguyen, et qui ont donné lieu au désir du Groupe Solidarité de parrainer l'immigration au Canada de M. Nguyen.

Personne n'ignore l'exode massif de personnes en quête d'asile qui a suivi la chute de Saigon aux mains des forces nord-vietnamiennes en 1975. La première vague de demandeurs d'asile a donné lieu à une conférence internationale organisée par les Nations Unies en 1979. À l'issue de cette conférence, les pays de premier asile (c'est-à-dire les pays de première arrivée après le départ d'Indochine) et les pays de réétablissement final ont décidé conjointement, en termes généraux, de traiter les Indochinois qui cherchent asile comme des réfugiés de fait, même si nombre d'entre eux n'auraient peut-être pas satisfait à la définition de réfugié établie dans la Convention de Genève [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6]. Malheureusement, l'entente a semblé être de

many of the countries of final resettlement had begun to restrict entry to *bona fide* Convention refugees.

In the meantime, Canada had promulgated the *Indochinese Designated Class Regulations* just prior to the first international conference. As I have noted, their effect was to exempt members of the Indochinese Designated Class from certain of the requirements normally imposed on would-be immigrants.<sup>1</sup> Under these Regulations, Canada continued to accept comparatively large numbers of Vietnamese and other Indochinese immigrants, even as other countries began to limit the numbers that they would accept.

Because other countries began to limit the possibilities for resettlement, notwithstanding their earlier agreement to facilitate it, asylum seekers from the countries of Indochina began to accumulate in the countries of first asylum, which included Hong Kong, Malaysia and Singapore, to name the Commonwealth territories. This, in turn, led to the decision by these countries to establish arbitrary "cut-off" dates, after which they would accept no asylum seeker who did not meet the definition of Convention refugee. At the same time, they began the practice of attempting to divert from their territories, asylum seekers who were attempting to flee from Indochina.

To prevent the tragedies that were arising from this situation a second international conference on Indochinese refugees was convened under the auspices of the United Nations in Geneva, in June, 1989. To quote from the affidavit of Michael James Malloy, the Director General of Refugee Affairs at the Canada Employment and Immigration Commission:<sup>2</sup>

At that conference it was agreed that means, acceptable to all the countries involved, had to be found to protect Convention refugees. This had to be done, however, without encouraging persons who were not Convention refugees to risk their lives

<sup>1</sup> Specifically, the Indochinese Designated Class is exempted from the application of ss. 7-9 and s. 14(1) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172].

<sup>2</sup> Appeal Book, at p. 141, par. 6.

courte durée, car à compter du milieu des années 80, de nombreux pays de rétablissement final ont commencé à restreindre l'admission aux réfugiés de bonne foi au sens de la Convention.

Entre-temps, le Canada avait promulgué le *Règlement sur la catégorie désignée d'Indochinois* juste avant la première conférence internationale. Comme je l'ai mentionné plus haut, le Règlement avait pour effet d'exempter les membres de la catégorie désignée d'Indochinois de certaines des exigences normalement imposées aux immigrants éventuels<sup>1</sup>. En vertu de ce Règlement, le Canada a continué d'accepter un nombre relativement élevé d'immigrants vietnamiens et d'autres ressortissants indochinois, même si d'autres pays ont commencé à restreindre le nombre d'immigrants acceptés.

Parce que d'autres pays se sont mis à limiter les possibilités de rétablissement, malgré leur entente antérieure en vue de faciliter ce rétablissement, les demandeurs d'asile originaires des pays d'Indochine n'ont pas tardé à s'accumuler dans les pays de premier asile, notamment à Hong Kong, en Malaysia et à Singapour, pour ce qui est des territoires du Commonwealth. Cette situation a porté ces pays à fixer des dates «limites» arbitraires, après lesquelles ils n'accepteraient que les demandeurs d'asile qui respectaient la définition de réfugié au sens de la Convention. Ils ont commencé simultanément à tenter de détourner de leurs territoires les demandeurs d'asile qui cherchaient à s'enfuir d'Indochine.

Pour prévenir les tragédies qui découlaient de cette situation, les Nations Unies ont tenu une seconde conférence internationale sur les réfugiés d'Indochine à Genève, en juin 1989. Voici un extrait de l'affidavit de Michael James Malloy, directeur général des Affaires des réfugiés à la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada<sup>2</sup>:

[TRADUCTION] Il a été convenu au cours de la conférence qu'il fallait trouver des moyens, acceptables pour tous les pays en jeu, de protéger les réfugiés au sens de la Convention. Il fallait y parvenir, toutefois, sans encourager ceux qui n'étaient pas

<sup>1</sup> Plus précisément, les membres de la catégorie désignée d'Indochinois sont exemptés de l'application des art. 7 à 9 et de l'art. 14(1) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, [DORS/78-172].

<sup>2</sup> Dossier d'appel, à la p. 141, par. 6.



by taking to the sea in small boats in the hope of benefitting from refugee resettlement programmes.

The result of the 1989 conference was the adoption of a so-called "Comprehensive Plan of Action", or "CPA",<sup>3</sup> which involved a series of steps: first, those asylum seekers who had arrived in the country of first refuge before the cut-off dates were to be guaranteed resettlement. Secondly, attempts were to be taken to discourage the departure from Vietnam by clandestine means and instead, to encourage and facilitate the legal emigration of those who might not be Convention refugees. Thirdly, those asylum seekers who did manage to make their way to countries of first asylum after the cut-off dates were to be received and screened to determine whether they fell within the Geneva Convention on refugees. Those who did were to be accepted for immigration by countries of resettlement, while those who did not were to be repatriated.

Hong Kong, the territory to which the appellant Luong Manh Nguyen flew, established a cut-off date of June 16, 1988. However, he did not arrive there until after that date. Hence his case fell to be governed by the Comprehensive Plan of Action.

Mr. Nguyen failed to pass the screening for Convention refugee status and is now awaiting repatriation in a detention camp in Hong Kong. It presumably was this factor, i.e. the failure to pass the screening process, which led to the sponsorship application. In any event, because Mr. Nguyen had not passed the screening for Convention refugee status, the Visa Section of the Office of the Commissioner for Canada in Hong Kong declined to process the sponsorship application, i.e. to forward to him an application for landing in form IMM 8. The reason given was that administrative arrangements put in place by officials, including those in Canada and Hong Kong, since the coming into force of the Comprehensive Plan of Action, have made appellant Luong Manh Nguyen inaccessible to Canadian officials because he has failed screening for the Convention refugee status.

<sup>3</sup> *Ibid.*, at pp. 16-38.

réfugiés au sens de la Convention à risquer leur vie en prenant la mer dans des petites embarcations, dans l'espoir de bénéficier des programmes de rétablissement des réfugiés.

La conférence de 1989 a eu pour résultat l'adoption d'un soi-disant «plan d'action global» ou «PAG»<sup>3</sup>, qui comportait une série d'étapes: premièrement, le rétablissement des demandeurs d'asile qui étaient arrivés dans le pays de premier asile avant les dates limites serait assuré. Deuxièmement, on tenterait d'une part de décourager les départs clandestins du Viêt-Nam et d'autre part, d'encourager et de faciliter l'émigration légale de ceux qui ne seraient pas des réfugiés au sens de la Convention. Troisièmement, les demandeurs d'asile qui réussissaient tout de même à se rendre dans les pays de premier asile après les dates limites seraient accueillis et feraient l'objet d'une sélection afin de déterminer s'ils étaient des réfugiés au sens de la Convention de Genève. Ceux qui l'étaient seraient acceptés à des fins d'immigration par les pays de rétablissement, et les autres seraient rapatriés.

Hong Kong, territoire où a fui l'appellant Luong Manh Nguyen, a fixé comme date limite le 16 juin 1988. L'appellant y est toutefois arrivé après cette date. Son cas était donc régi par le plan d'action global.

M. Nguyen n'a pas été retenu dans le processus de sélection en tant que réfugié au sens de la Convention; il attend maintenant d'être rapatrié dans un camp de détention à Hong Kong. Ce serait ce facteur, soit la non-sélection à titre de réfugié au sens de la Convention, qui a mené à la demande de parrainage. Quoiqu'il en soit, parce que M. Nguyen n'avait pas réussi le test de sélection, la section des visas du Bureau du Commissaire du Canada à Hong Kong a refusé de traiter la demande de parrainage, c'est-à-dire de lui transmettre le formulaire de demande de droit d'établissement IMM 8. On a invoqué comme motifs que les fonctionnaires canadiens n'avaient pas accès à l'appellant Luong Manh Nguyen parce qu'il n'avait pas été sélectionné à titre de réfugié au sens de la Convention, et ce, en raison de dispositions administratives prises par les fonctionnaires, y compris ceux au Canada et à Hong Kong, depuis l'adoption du plan d'action global.

<sup>3</sup> *Ibid.*, aux p. 16 à 38.

### THE JUDGMENT BELOW

As I have noted, in the Court below the Motions Judge was asked to issue writs of *certiorari* and *mandamus*. The *certiorari* was to quash the Minister's decision "that the Applicant Luong Manh Nguyen must pass Hong Kong screening in order to come to Canada as a refugee or member of a designated class", and the *mandamus* was to compel the Minister "to process the sponsorship of the Applicant Groupe Solidarité for the Applicant Luong Manh Nguyen."

The Motions Judge declined to grant either of the requested relief. His dispositive reasons read as follows:<sup>4</sup>

It is clear in my view that no decision has been made by the respondent. As expressed by counsel for the respondent, a "decision", that the applicant, Luong Manh Nguyen, must pass Hong Kong screening in order to come to Canada as a refugee or member of designated class, must necessarily be made in relation to an application for landing. Since no such application was made, there can be no "decision" requiring the Hong Kong screening before the applicant had landed. In its best light this application is premature.

With respect to the application for a *mandamus* to process the sponsorship of the applicant Groupe Solidarité there is no duty in law to do so, but even if there were such a duty, the respondent has processed the sponsorship application to the extent that it is possible. It is suggested that a *mandamus* might issue requiring the respondent to attempt to forward both the sponsorship and the application to Luong Manh Nguyen, and although such an attempt might be meritorious, it is hardly the subject for a *mandamus*.

### THE ISSUES

In their memorandum of fact and law, the appellants suggest that there are a number of issues involved in this case, including issues of unlawful delegation of administrative authority, legitimate expectation and retroactivity. In my view, however, the issue is a straightforward one: whether the Motions Judge was in error in refusing to grant prerogative relief in the circumstances of this case.

The essence of the appellants' argument, as I understood it, is that since the Government of Canada

<sup>4</sup> At p. 79.

### LE JUGEMENT DU TRIBUNAL INFÉRIEUR

Comme je l'ai signalé, on a demandé au juge des requêtes de décerner des brefs de *certiorari* et de *mandamus*. Le *certiorari* visait à annuler la décision du ministre selon laquelle «le requérant Luong Manh Nguyen, pour venir au Canada à titre de réfugié ou de membre d'une catégorie désignée, doit passer la sélection à Hong Kong», et le *mandamus* visait à ordonner au ministre «de traiter le parrainage du requérant Luong Manh Nguyen par le requérant Groupe Solidarité».

Le juge des requêtes a refusé d'accorder l'une ou l'autre mesure de redressement demandée. Ses motifs juridiques sont les suivants<sup>4</sup>:

Il est clair à mon avis qu'aucune décision n'a été prise par l'intimé. Comme l'a dit l'avocat de l'intimé, une décision selon laquelle le requérant Luong Manh Nguyen doit passer la sélection à Hong Kong afin de venir au Canada comme réfugié ou comme membre d'une catégorie désignée doit nécessairement être prise en ce qui concerne une demande d'admission à titre d'immigrant. Comme aucune demande n'a été faite de cet ordre, il ne peut pas y avoir de décision qui impose la sélection de Hong Kong avant que le requérant n'ait obtenu son droit d'établissement au Canada. Quoi qu'il en soit, cette demande est prématurée.

En ce qui concerne la demande de *mandamus* pour traiter le parrainage du requérant Groupe Solidarité, il n'existe aucune obligation en droit de le faire et même si il existait une telle obligation, l'intimé a traité la demande de parrainage dans la mesure du possible. Il est suggéré qu'un *mandamus* soit délivré et impose à l'intimé de chercher à expédier à la fois le parrainage et la demande à Luong Manh Nguyen mais, bien qu'une telle tentative puisse paraître méritoire, elle ne peut pas faire l'objet d'un *mandamus*.

### LES POINTS EN LITIGE

Dans leur exposé des faits et du droit, les appelants laissent entendre qu'un certain nombre de points sont soulevés en l'espèce, notamment des questions de délégation illégale de l'autorité administrative, d'attente légitime et de rétroactivité. À mon avis, cependant, le point en litige est simple: le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en refusant d'accorder la réparation de prérogative eu égard aux circonstances de l'espèce?

Les appelants soutiennent essentiellement dans leurs moyens, tels que je les ai compris, que le gou-

<sup>4</sup> À la p. 79.

has in the *Indochinese Designated Class Regulations* declared an intention to facilitate the entry into Canada of people from Indochina, regardless of whether or not they would otherwise be able to immigrate to Canada, it is wrong to impose as a pre-condition to their entering Canada that they first be found by another state to be Convention refugees. A subsidiary argument, based on materials filed with leave at the commencement of the hearing of this appeal (and which were apparently not raised before the Motions Judge), was that the respondent Minister was under an obligation to seek out the appellant Luong Manh Nguyen in the detention camp in Hong Kong and provide him with form IMM 8 in order that he could make an application for landing.

With respect to the first argument, I am of the opinion that the Motions Judge was right in saying that there was in this case no decision against which relief in the nature of *certiorari* could be given. The Minister did not decide that the appellant was required to pass Hong Kong screening in order to make application for an immigrant visa. On the contrary, as the Motions Judge pointed out (and as I have already noted), it is clear that no decision whatever had been made by him. The Minister's inaction was simply a result of the fact that no application for admission to Canada had been made.

Nor did the respondent Minister refuse to process the sponsorship application. The uncontradicted evidence before the learned Motions Judge was that the sponsorship application was not cancelled but was held in abeyance pending a decision by Hong Kong authorities as to whether the appellant Luong Manh Nguyen was a "post-June 16 arrival" in Hong Kong and if so whether he would be "screened in".<sup>5</sup> The position of the respondent Minister was, in effect, that since there was no application for landing by the appellant Luong Manh Nguyen, there was nothing to sponsor and therefore no duty to consider. Put another way, the *Indochinese Designated Class Regulations* are predicated on there being an application

vernement canadien a tort d'imposer aux ressortissants d'Indochine, comme condition préalable d'admission au Canada, l'obligation d'avoir été reconnu en tant que réfugiés au sens de la Convention par un autre État, puisqu'il a déclaré dans le *Règlement sur la catégorie désignée d'Indochinois* son intention de faciliter l'admission au pays des ressortissants indochinois, peu importe qu'ils puissent ou non immigrer autrement au Canada. Comme argument subsidiaire, fondé sur les documents déposés avec autorisation au début de l'audition du présent appel (et qui n'ont apparemment pas été soulevés devant le juge des requêtes), les appelants invoquent que le ministre intimé était tenu de rechercher l'appellant Luong Manh Nguyen dans le camp de détention à Hong Kong pour lui remettre le formulaire IMM 8, afin qu'il puisse demander le droit d'établissement.

En ce qui a trait au premier argument, je suis d'avis que le juge des requêtes avait raison de déclarer qu'il n'existait aucune décision en l'espèce contre laquelle une réparation par voie de *certiorari* pouvait être accordée. Le ministre n'a pas décidé que l'appellant devait réussir la pré-sélection à Hong Kong afin de pouvoir demander un visa d'immigrant. Au contraire, comme le juge des requêtes l'a signalé (et comme je l'ai déjà fait remarquer), il est clair qu'aucune décision n'avait été prise par le ministre. Son inaction était due simplement au fait qu'aucune demande d'admission au Canada n'avait été présentée.

Le ministre intimé n'a pas refusé non plus de traiter la demande de parrainage. Selon la preuve non contredite devant le juge des requêtes, la demande de parrainage n'avait pas été annulée mais avait plutôt été laissée en suspens, en attendant que les autorités de Hong Kong décident si l'appellant Luong Manh Nguyen était «un arrivant après le 16 juin 1988» à Hong Kong et, dans ce cas, s'il serait «sélectionné»<sup>5</sup>. La position du ministre intimé était, en fait, la suivante: puisqu'il n'y avait pas eu de demande de droit d'établissement de la part de l'appellant Luong Manh Nguyen, il n'y avait rien à parrainer et par conséquent aucun devoir n'était imposé. En d'autres termes, le *Règlement sur la catégorie désignée d'In-*

<sup>5</sup> Affidavit of Robert Cullum, Appeal Book, at pp. 144-145, par. 2-3.

<sup>5</sup> Affidavit de Robert Cullum, Dossier d'appel, aux p. 144 et 145, par. 2 et 3.

to enter Canada. Subsection 5(3) [as am. by SOR/89-498, s. 4] of the Regulations makes this quite clear:

5. . . .

(3) Where a member of the Indochinese Designated Class makes an application for an immigrant visa, a visa officer may issue an immigrant visa to him and his accompanying dependants, if . . .

That being so, the learned Motions Judge was in my opinion right in saying that the respondent Minister cannot be compelled to “process” the sponsorship application because there was nothing to which the sponsorship application could attach.

Of course, the reason that no application was made was because the appellant Luong Manh Nguyen was being held in the detention camp in Hong Kong. This leads to a subsidiary issue which was touched upon in the memoranda, but which was explored more fully at the hearing, namely whether there was an obligation on the part of the respondent Minister to try to make contact with Mr. Nguyen at the detention camp in order to enable him to make a formal application for admission to Canada.

As I have said, at the hearing before us, counsel for the appellants was given leave to file material which suggested that under Hong Kong law, Canadian officials might have been able to exert pressure whereby they could have gained access to Mr. Nguyen at the camp. Counsel says that this, coupled with the provisions of the Immigration Manual prepared for use by immigration officials by Employment and Immigration Canada which indicates that in the usual situation, there does exist a self-imposed obligation on the part of the Minister to try to make contact with the subject of a sponsorship application, imposed a legal duty upon the Minister to take positive steps to ensure that Mr. Nguyen was given the necessary materials to make an application for entry into Canada.

In other words, counsel argues that since the respondent Minister could have complied with the Immigration Manual, it was incumbent upon him to do so, and his failure thereto gives rise to grounds for prerogative relief. In support of this contention, coun-

*dochinois* suppose au préalable l'existence d'une demande d'admission au Canada. Le paragraphe 5(3) [mod. par DORS/89-498, art. 4] du Règlement fait ressortir cette obligation assez clairement:

<sup>a</sup> 5. . . .

(3) Lorsqu'une personne appartenant à la catégorie désignée d'Indochinois présente une demande de visa d'immigrant, l'agent des visas peut lui en délivrer un, ainsi qu'aux personnes à charge qui l'accompagnent:

<sup>b</sup>

Cela étant, le juge des requêtes avait à mon avis raison de dire que le ministre intimé ne peut être obligé de «traiter» la demande de parrainage parce qu'il n'y avait rien à laquelle elle pourrait se rattacher.

<sup>c</sup>

Évidemment, aucune demande n'a été présentée parce que l'appelant Luong Manh Nguyen était détenu dans un camp à Hong Kong. Cela nous amène à la question subsidiaire effleurée dans l'exposé, mais étudiée plus à fond à l'audience, à savoir si le ministre intimé était tenu de tenter de communiquer avec M. Nguyen au camp de détention, afin de lui permettre de présenter une demande officielle d'admission au Canada.

<sup>d</sup>

<sup>e</sup>

Comme je l'ai déjà dit, à l'audience devant nous, l'avocat des appelants a obtenu la permission de déposer des documents qui laissent supposer que selon la loi en vigueur à Hong Kong, les fonctionnaires canadiens auraient pu exercer des pressions pour avoir accès à M. Nguyen au camp. Selon l'avocat, ces dispositions législatives, ainsi que les dispositions du Guide de l'immigration préparé à l'intention des fonctionnaires de l'immigration par Emploi et Immigration Canada—qui précise que dans une situation normale, le ministre est tenu, de lui-même, d'essayer de communiquer avec l'objet d'une demande de parrainage—imposaient au ministre l'obligation légale de faire des démarches pour s'assurer que M. Nguyen recevrait les documents nécessaires pour présenter une demande d'admission au Canada.

<sup>h</sup>

<sup>i</sup>

En d'autres termes, l'avocat soutient qu'il incombe au ministre intimé de respecter les dispositions du Guide de l'immigration, puisqu'il aurait pu le faire, et son défaut d'agir à cet égard donne ouverture à un bref de prérogative. À l'appui de sa prétention,

<sup>j</sup>

sel for the appellants relied on the decisions of this Court in *Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis*, [1977] 2 F.C. 216; *Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 163, and *Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 763.

Attractive though it might be, I am unable to accept this contention for the reason that it is based on the assumption that the internal directives could form the basis of a public duty sufficient to support the issue of a writ of *mandamus*. It is well settled that the assumption is false. The writ of *mandamus* is an extraordinary and discretionary remedy which lies to compel the performance of a legal duty. In most instances, such a duty is grounded in a statutory provision (see, e.g. Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law* (Toronto: Carswell, 1985), at page 366). In others, the writ will lie to require the performance of a duty owed at common law, but I have been unable to find a case, and none was cited, where the statement of normal departmental practice such as that in issue here, not being mandated either by the statute or regulation, can be said to have become elevated to the level of a principle of common law. In *Mohammad v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 363, Heald J.A. writing for this Court reviewed the existing jurisprudence and stated at page 372:

In my view, these submissions cannot be given effect to. Insofar as the Department's policy directives are concerned, the *Martineau* (No. 1)<sup>6</sup> case has established that policy directives, whether made pursuant to regulatory authority or general administrative capacity, are no more than directions and are unenforceable by members of the public.

Furthermore, the cases upon which counsel for the appellants relied to support his contention were decided on different facts. Upon a careful review of those decisions, I was unable to find in them any support for his contention.

Accordingly, I would dismiss the appeal, but without costs.

<sup>6</sup> *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118, at pp. 129-130 (per Pigeon J.).

l'avocat des appelants invoquait les décisions rendues par la présente Cour dans les arrêts *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis*, [1977] 2 C.F. 216; *Jiminez-Perez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 163 et *Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 763.

Malgré l'attrait de cette prétention, je ne peux la retenir car elle se fonde sur la supposition que les directives internes pourraient constituer la base d'un devoir public suffisant pour justifier un bref de *mandamus*. Il est bien établi que la supposition est fausse. Le bref de *mandamus* est un recours extraordinaire et discrétionnaire, dont l'objet est d'ordonner l'exécution d'une obligation légale. Dans la plupart des cas, cette obligation se fonde sur une disposition légale (se reporter par ex. à Jones et de Villars, *Principles of Administrative Law*, Toronto: Carswell, 1985, à la page 366). Dans certains cas, le bref est décerné afin d'exiger l'exécution d'une obligation en common law, mais je n'ai pas pu trouver de cas et aucun n'a été cité, où l'usage courant dans le ministère, comme c'est le cas en l'espèce, non mandaté par la loi ou le règlement, aurait été élevé au rang de principe de common law. Dans *Mohammad c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 363, le juge d'appel Heald, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la présente Cour, a passé en revue la jurisprudence existante et déclaré à la page 372:

À mon avis, ces prétentions ne peuvent être retenues. Quant aux directives du ministère, il a été établi dans *Martineau* (n° 1)<sup>6</sup> que ces dernières, qu'elles soient établies en vertu du pouvoir réglementaire ou de la compétence administrative générale, ne sont rien de plus que des instructions et la population n'a aucun recours pour assurer leur observation.

En outre, les cas sur lesquels s'est fondé l'avocat des appelants pour appuyer sa prétention ont été tranchés sur des faits différents. Après un examen attentif de ces décisions, je suis incapable d'y trouver un appui à sa prétention.

Par conséquent, je rejetterais l'appel, mais sans dépens.

<sup>6</sup> *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118, le juge Pigeon, aux p. 129 et 130.

\* \* \*

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HUGESSEN J.A.: I have had the benefit of reading, in draft, the reasons for judgment proposed to be delivered by the Chief Justice. He has fully set forth the background, the relevant facts and the issues. I am in agreement with him with regards to his proposed disposition of the first issue, namely that there was no decision to which *certiorari* could apply.

With respect, however, I am in disagreement with the Chief Justice's conclusion on the question of *mandamus* and on what he describes as the "subsidiary issue", which was in fact argued by both sides at some length on the hearing of this appeal. That issue relates to the failure by the Minister to provide the appellant Luong Manh Nguyen with an application for landing (form IMM 8) so that, when duly completed, there would be in existence an application to which the sponsorship undertaking given by the other appellants, Dai Nguyen and Groupe Solidarité, could attach and which the Minister would then be required to process. In my view such failure amounted to a breach of duty.

The practice normally followed in these cases is set out in the Immigration Manual.<sup>7</sup> That document makes it quite plain that when persons such as the first two appellants apply to sponsor a named individual and that application is approved, the sponsoring group is to complete and sign an undertaking of support in form IMM 1300.<sup>8</sup> Such a form was in fact signed by the first two appellants in respect of the third appellant and his family.<sup>9</sup>

The manual goes on to provide, in paragraph 3.44(1), that where, as was the case here, the name and whereabouts of the person or family to be sponsored are known "the CIC will send a telex to the appropriate overseas post." This too was done. Paragraph 3.45(1) then provides that "when an overseas

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

<sup>a</sup> LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.: J'ai eu l'occasion de lire l'ébauche des motifs du jugement que se propose de rendre le juge en chef. Il a pleinement établi les antécédents, les faits pertinents et les points en litige. Je suis d'accord avec lui en ce qui concerne son jugement proposé relativement au premier point en litige, soit qu'aucune décision n'existait contre laquelle un *certiorari* serait recevable.

<sup>c</sup> Relativement toutefois à la question du *mandamus*, je suis en désaccord avec la conclusion du juge en chef, ainsi que sur ce qu'il a qualifié de la «question subsidiaire», qui a été discutée en fait par les deux parties assez à fond à l'audition du présent appel. <sup>d</sup> Cette question se rapporte au défaut du ministre de fournir à l'appellant Luong Manh Nguyen une demande de droit d'établissement (formulaire IMM 8), de sorte qu'une fois ce formulaire dûment rempli, il existerait une demande à laquelle pourrait se rattacher l'engagement de parrainage pris par les autres appellants, Dai Nguyen et Groupe Solidarité, demande que le ministre devrait ensuite traiter. À mon avis, ce défaut équivaut à un manquement à un <sup>e</sup> <sup>f</sup> devoir.

<sup>g</sup> L'usage suivi normalement dans ces cas est établi dans le Guide de l'immigration<sup>7</sup>. Il ressort clairement de ce qui suit de ce document: lorsque des personnes comme les deux premiers appelants demandent de parrainer une personne nommée et lorsque la demande est approuvée, le groupe de parrainage doit remplir et signer un engagement d'aide (formulaire IMM 1300)<sup>8</sup>. Les deux premiers appelants ont en fait <sup>h</sup> signé un formulaire du genre relativement au troisième appelant et à sa famille<sup>9</sup>.

<sup>i</sup> Le Guide prévoit en outre, au paragraphe 3.44(1) que, comme c'était le cas en l'espèce, lorsqu'un groupe répondant connaît le nom et l'adresse de la personne ou de la famille qu'il souhaite parrainer, «le CIC envoie un télex au bureau compétent à l'étranger», ce qui a été également fait. Le paragraphe

<sup>7</sup> Appeal Book, at pp. 131-135.

<sup>8</sup> See par. 3.43(1).

<sup>9</sup> Appeal Book, at p. 3.

<sup>7</sup> Dossier d'appel, aux p. 131 à 135.

<sup>8</sup> Se reporter au par. 3.43(1).

<sup>9</sup> Dossier d'appel, à la p. 3.

post receives a named sponsorship telex from a CIC, the post will send an application form (IMM 8) to the individual(s)".<sup>10</sup>

It is not in dispute that in the present case all but the last of these steps were followed to the letter. The visa officer in the Commission for Canada in Hong Kong did not send form IMM 8 to the appellant Luong Manh Nguyen upon receipt of the sponsorship telex in September, 1989. Accordingly, no application for landing was ever received and the sponsorship undertaking was never processed. In due course Luong Manh Nguyen was "screened out" by the Hong Kong authorities as a person who had arrived after June 16, 1988, and who did not satisfy the Convention refugee definition.

It is, of course, quite clear that the Immigration Manual by itself is nothing more than a set of administrative directives and, as such, does not have the force of law. Accordingly, failure to comply with the manual *simpliciter* does not necessarily involve a breach of duty such as could give rise to an order of *mandamus*. That is not an end of the matter, however. Not all duties imposed by law are express. An implied duty is nonetheless enforceable. At the very least, a document such as the Immigration Manual serves as evidence of what those charged with the administration of the *Immigration Act* and Regulations consider to be sound administrative practice. Nor is there any necessary discrepancy between such practice and the duty imposed by law.

At another level the Immigration Manual also serves as evidence of the way in which the Act and the Regulations are in fact applied "on the ground" as it were. The present case offers an excellent illustration: anyone reading the Act and Regulations would conclude that an application for landing must always precede a sponsorship. In my years in this Court, I have never seen that happen and the reality is invariably that the undertaking of sponsorship is executed

3.45(1) prévoit ensuite que «lorsqu'un bureau à l'étranger reçoit d'un CIC un télex au sujet du parrainage d'une personne nommée, il envoie un formulaire de demande (IMM 8) à la personne concernée»<sup>10</sup>.

Il n'est pas contesté qu'en l'espèce toutes ces étapes ont été suivies à la lettre sauf la dernière. L'agent des visas du Commissariat du Canada à Hong Kong n'a pas envoyé le formulaire IMM 8 à l'appelant Luong Manh Nguyen après avoir reçu le télex de parrainage en septembre 1989. Par conséquent, aucune demande d'établissement n'a été reçue et l'engagement de parrainage n'a jamais été traité. Finalement, les autorités de Hong Kong ont éliminé Luong Manh Nguyen à la pré-sélection, à titre de personne qui était arrivée après le 16 juin 1988 et qui ne respectait pas la définition de réfugié au sens de la Convention.

Il ressort assez clairement, évidemment, que le Guide de l'immigration lui-même n'est rien d'autre qu'un ensemble de directives administratives et qu'il n'a pas, à ce titre, force de loi. Par conséquent, le défaut de respecter le guide en soi n'implique pas nécessairement le manquement à un devoir du genre qui pourrait donner lieu à une ordonnance de *mandamus*. L'affaire ne se termine pas là toutefois. Les obligations imposées par la loi ne sont pas toutes expresses. Une obligation implicite a néanmoins force exécutoire. Un document du genre du Guide de l'immigration sert à tout le moins de preuve de ce que les responsables de l'administration de la *Loi sur l'immigration* et du Règlement connexe considèrent comme un usage administratif valable. Il n'existe pas non plus de divergence nécessaire entre cet usage et l'obligation imposée par la loi.

À un autre niveau, le Guide de l'immigration sert également de preuve de la façon dont la Loi et le Règlement sont en fait appliqués «dans le quotidien» pour ainsi dire. Le cas en l'espèce en est une illustration parfaite: quiconque lit la Loi et le Règlement conclurait qu'une demande d'établissement doit toujours précéder un parrainage. Par contre, depuis que je siège à la présente Cour, cela ne s'est jamais produit et la réalité est invariablement la suivante: l'en-

<sup>10</sup> Appeal Book, at p. 133.

<sup>10</sup> Dossier d'appel, à la p. 133.

first and the application for landing comes later. The manual abundantly confirms this practice.

This Court has never been hesitant to impose on immigration officers an implied duty to aid would-be immigrants where such duty may fairly be said to flow from the scheme of the Act and Regulations. In *Jiminez-Perez v. Minister of Employment and Immigration*,<sup>11</sup> the issue was whether a prospective immigrant was entitled, while in Canada, to apply for a decision exempting him from the requirement that he apply for a visa from outside the country. Le Dain J.A., speaking for the Court said:

Counsel for the Crown took the position, as I understood his argument, that there had not been a proper request for exemption, the implication being that such a request must be addressed in some other manner directly to the Governor in Council, and that in any event there could not be a duty to permit an application for landing to be made from within Canada unless and until such an exemption had been obtained. As I have indicated, I am of the opinion that administrative fairness requires that a request for exemption from the requirement of s. 9 be processed by the local immigration officials. I am further of the view that it is not sound to separate the application for landing from the request for exemption. The respondent *Jiminez-Perez* seeks to apply for landing from within Canada on the basis that he be granted an exemption from the requirement of section 9 on compassionate or humanitarian grounds. Since the Act contemplates that admission may be granted on this basis in particular cases, a prospective applicant is entitled to an administrative decision upon the basis of an application, and there is, therefore, a correlative duty to permit him to make the application. The application, including the request for exemption and the sponsorship of the application, must be considered and disposed of by decision, and not by an anticipatory attempt to avoid a decision because of its possible effect on the sponsor's right to appeal under section 79 of the Act. [Emphasis added.]

In the earlier case of *Minister of Manpower and Immigration v. Tsiafakis*<sup>12</sup> an immigration officer had refused to furnish a form to a would-be sponsor because he was of the view that the sponsorship application would fail. Again, speaking for the Court, Le Dain J.A. said:

gagement de parrainage est exécuté d'abord, suivi de la demande d'établissement. Le Guide confirme abondamment cet usage.

a La présente Cour n'a jamais hésité à imposer aux agents d'immigration l'obligation implicite d'aider les immigrants éventuels lorsque l'on pourrait dire à juste titre que cette obligation découle du régime de la Loi et du Règlement. Dans l'arrêt *Jiminez-Perez c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*<sup>11</sup>, il s'agissait de trancher si un immigrant éventuel avait le droit, pendant qu'il se trouvait au Canada, de demander d'être exempté de l'obligation de demander un visa à l'extérieur du Canada. Dans ses motifs rédigés au nom de la Cour, le juge d'appel Le Dain a déclaré ce qui suit:

d Selon l'avocat de la Couronne, si je le comprends bien, la demande de dispense n'a pas été faite de la façon appropriée; ce qui voudrait dire qu'une telle demande doit être adressée, de quelque autre manière, directement au gouverneur en conseil, et qu'en tout cas, il ne peut y avoir obligation de permettre qu'une demande de droit d'établissement soit faite au Canada, tant et aussi longtemps qu'une telle dispense n'a pas été obtenue. Comme je l'ai indiqué, j'estime que l'équité administrative exige qu'une demande de dispense de la condition de l'article 9 soit examinée par les agents d'immigration locaux. J'estime en outre qu'il n'est pas bon de séparer la demande de droit d'établissement de la demande de dispense. L'intimé *Jiminez-Perez* cherche à faire, pendant qu'il se trouve au Canada, une demande de droit d'établissement sur la base de l'obtention, pour des motifs d'ordre humanitaire ou de compassion, d'une dispense de la condition de l'article 9. Puisque la Loi prévoit que cette admission peut être accordée sur cette base dans des cas particuliers, un requérant éventuel a droit à une décision administrative sur la base sur laquelle il présente une demande, et il existe donc une obligation correlative de lui permettre de faire la demande. La demande, y compris la demande de dispense et le parrainage de la demande, doit être examinée et tranchée au moyen d'une décision et non d'une tentative anticipée d'éviter une décision en raison de son effet possible sur le droit d'appel du répondant sous le régime de l'article 79 de la Loi. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'affaire antérieure *Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration c. Tsiafakis*<sup>12</sup>, un agent d'immigration avait refusé de remettre un formulaire à un parrain éventuel parce qu'il était d'avis que la demande de parrainage serait refusée. Encore une fois, dans ses motifs rédigés au nom de la Cour, le juge d'appel Le Dain a déclaré ce qui suit:

<sup>11</sup> [1983] 1 F.C. 163 (C.A.), at pp. 170-171.

<sup>12</sup> [1977] 2 F.C. 216 (C.A.), at p. 224.

<sup>11</sup> [1983] 1 C.F. 163 (C.A.), aux p. 170 et 171.

<sup>12</sup> [1977] 2 C.F. 216 (C.A.), à la p. 224.



As I read the terms of section 31 as a whole, the question of whether a person is entitled to sponsor a certain individual for admission to Canada is an integral part of the over-all question to be determined upon the basis, at least in part, of an application in the prescribed form, namely, whether the individual may be admitted to Canada as a sponsored dependant. It follows, therefore, that a person who seeks to sponsor someone for admission to Canada has a right to make an application for his admission in the prescribed form and to have his right to sponsor determined upon the basis of such an application. Since such a right cannot be exercised unless the prescribed form can be obtained from the immigration authorities there is a correlative duty to provide the form. [Emphasis added.]

More recently still, in *Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>13</sup> the appellant had suffered prejudice through not being immediately given the proper form which, if it had been timely filed, would have resulted in his receiving a more favourable assessment. MacGuigan J.A., speaking for the Court, quoted the latter part of the above citation from *Tsiafakis, supra*, and said:

A similar correlative duty might, perhaps, be said to exist in the case at bar (the Motions Judge was, I believe, correct in inferring from the Act itself a right in claimants to apply), but, at the very least, when the Canadian Government, through its agents, undertakes to supply information to immigration applicants as to how to become immigrants, it assumes a duty to provide this information accurately. This does not imply that Canadian authorities must provide a detailed exegesis of Canadian immigration law and procedures, or legal advice to prospective immigrants as to the legal significance of the available options, but it does mean that the immigration authorities have an obligation in fairness to provide basic information on the methods of application, and to make available the appropriate forms. [Emphasis added.]

In my view, there can be no doubt whatsoever that the visa officers at the Canadian Commission in Hong Kong were under a duty to furnish the appellant Luong Manh Nguyen with an application for landing (form IMM 8) upon request. No other conclusion can be drawn from the cases cited. Is it enough for the Minister to say in reply that because there has been no express request for the form there is no duty? I think not. The implication from the sponsorship undertaking was unmistakable and irresistible that the appellant wished to apply for landing. The Immigration Manual shows that such inference is

<sup>13</sup> [1992] 1 F.C. 763 (C.A.), at pp. 769-770.

Selon ma compréhension de l'article 31 dans son ensemble, la question de savoir si une personne est habilitée à parrainer un individu en vue de l'admission de celui-ci au Canada est partie intégrante de la question principale qu'il faut trancher au moins partiellement en s'appuyant sur la demande faite en la forme prescrite, soit: l'individu peut-il être admis à titre de personne à charge parrainée? Il s'ensuit donc qu'une personne désireuse d'en parrainer une autre en vue de l'admission de cette dernière au Canada est en droit de remplir une demande à cet effet en la forme prescrite et de voir ladite demande servir de base à l'examen de son droit de parrainer. Puisqu'à défaut d'obtenir le formulaire des autorités de l'immigration, on ne peut exercer ce droit, le devoir corrélatif de fournir ledit formulaire existe. [C'est moi qui souligne.]

Encore plus récemment, dans l'arrêt *Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>13</sup>, l'appelant avait souffert de préjudice car on ne lui avait pas remis immédiatement le formulaire approprié, qui, s'il l'avait présenté à temps, lui aurait valu une appréciation plus favorable. Le juge d'appel MacGuigan, dans ses motifs rédigés au nom de la Cour, a cité la fin de la citation ci-dessus tirée de l'arrêt *Tsiafakis* précité, et a déclaré ce qui suit:

On pourrait peut-être dire qu'un devoir corrélatif semblable existe en l'espèce (j'estime que le juge des requêtes a déduit à bon droit de la Loi elle-même le droit des demandeurs de faire une demande), mais lorsque le gouvernement canadien s'engage, par l'entremise de ses agents, à fournir à ceux qui veulent immigrer des renseignements sur la façon de s'y prendre, il s'engage pour le moins à les bien renseigner. Cela ne signifie pas que les autorités canadiennes doivent faire l'exégèse détaillée de la loi et des procédures en matière d'immigration, ni fournir aux immigrants éventuels des avis juridiques sur les conséquences juridiques des choix offerts, mais il n'en reste pas moins que les autorités de l'immigration sont tenues en toute équité de fournir les renseignements fondamentaux sur les façons de faire une demande, et de rendre disponibles les formules appropriées. [C'est moi qui souligne.]

Il ne fait aucun doute à mon avis que les agents des visas au Commissariat du Canada à Hong Kong avaient le devoir de fournir à l'appelant Luong Manh Nguyen une demande d'établissement (formulaire IMM 8) sur demande. Il est impossible de conclure autrement à partir des arrêts cités. Suffit-il au ministre de répondre qu'il n'existe aucun devoir puisqu'aucune demande expresse en vue d'obtenir le formulaire n'a été faite? Je ne le crois pas. Il ressortait clairement et hors de tout doute de l'engagement de parrainage que l'appelant voulait demander le droit d'établissement. Le Guide de l'immigration montre

<sup>13</sup> [1992] 1 C.F. 763 (C.A.), aux p. 769 et 770.

drawn as a matter of course. The sponsorship undertaking also shows, however, that the appellant was not a free agent: his address is given as being at the Shumshui Po Detention Centre in Hong Kong.<sup>14</sup> In those circumstances he could hardly be expected to present himself at the Commission office. The Immigration Manual establishes that it is current practice to send the application form. The evidence establishes that persons in the appellant's position are entitled to send and receive letters<sup>15</sup> and indeed there are a number of letters from him in the material. In my view, therefore, the Minister had a request for the form and had to hand the means to give effect to it.

Nor is it any answer for the Minister to say that even if an application form were received it would not be possible to process it further because Canadian immigration officials do not have access to the detention camps in Hong Kong. In the first place, the case of *Tsiafakis, supra*, is ample authority for the proposition that an officer's view that an application is ultimately doomed to failure cannot be an excuse for refusing to allow the application to be made. Secondly, it is by no means clear that access would in fact inevitably be denied to Canadian immigration officials if it was sought. The Motions Judge seemed to think that this was the case but subsequent material filed at the hearing of the appeal,<sup>16</sup> casts some doubt upon this.

This is not to say that heroics are required; if access to the appellant is in fact denied by the Hong Kong authorities, he is, of course, the one who will have to suffer the consequences. But the Minister and his officials cannot avoid their duty by simply assert-

<sup>14</sup> Appeal Book, at p. 3.

<sup>15</sup> The Motions Judge may well have been under the impression that this was not the case. At the hearing of the appeal counsel for the Minister conceded that he may have unwittingly misled the Judge due to the non-arrival of affidavit material from Hong Kong. The point is now beyond doubt: see Exhibit MFR-1 to the statutory declaration of Mark Francis Reeves, "Immigration (Vietnamese Boat People) (Detention Centres) Rules", s. 26.

<sup>16</sup> See particularly the affidavit of Mark Francis Reeves and another affidavit, that of Nadia Stachowsky Gray, filed on behalf of the respondent.

qu'une telle déduction s'impose naturellement. L'engagement de parrainage prouve également, par contre, que l'appellant n'était pas libre: son adresse est citée comme étant le Centre de détention de Shumshui Po à Hong Kong<sup>14</sup>. Dans ces circonstances, on pouvait difficilement s'attendre à ce qu'il se présente au bureau du Commissariat. Le Guide de l'immigration établit qu'il est d'usage courant d'envoyer le formulaire de demande. La preuve établit que les personnes dans la situation de l'appellant ont droit d'envoyer et de recevoir des lettres<sup>15</sup> et en effet, on trouve un certain nombre de lettres de l'appellant parmi les documents. Le ministre avait donc à mon avis une demande en vue d'obtenir le formulaire et avait les moyens pour lui donner suite.

Ce n'est pas non plus une réponse, lorsque le ministre déclare qu'il serait impossible de traiter le formulaire de demande même s'il était reçu, parce que les agents d'immigration canadiens n'ont pas accès aux camps de détention à Hong Kong. En premier lieu, l'arrêt *Tsiafakis* précité prouve amplement qu'on ne peut invoquer comme excuse, pour refuser à quelqu'un la possibilité de faire une demande, qu'un agent est d'avis qu'elle serait éventuellement refusée. En second lieu, il n'est pas clair du tout que les agents d'immigration canadiens se verraient refuser inévitablement l'accès au camp s'ils le demandaient. Le juge des requêtes semble penser que tel était le cas, mais les documents déposés ultérieurement à l'audition de l'appel<sup>16</sup> jettent le doute là-dessus.

Cela ne veut pas dire qu'il faille poser des gestes héroïques; si les autorités de Hong Kong refusent l'accès à l'appellant, c'est ce dernier, évidemment, qui devra en subir les conséquences. Mais le ministre et ses agents ne peuvent échapper à leur obligation en

<sup>14</sup> Dossier d'appel, à la p. 3.

<sup>15</sup> Le juge des requêtes a peut-être eu l'impression que tel n'était pas le cas. Au cours de l'audition de l'appel, l'avocat du ministre a avoué qu'il avait peut-être involontairement induit en erreur le juge en raison de la non réception des affidavits en provenance de Hong Kong. Le point ne fait maintenant plus aucun doute: se reporter à la pièce MFR-1 de la déclaration réglementaire de Mark Francis Reeves, «Règlement de l'immigration (Réfugiés de la mer vietnamiens) (Centre de détention)», art. 26.

<sup>16</sup> Se reporter en particulier à l'affidavit de Mark Francis Reeves et à celui de Nadia Stachowsky Gray, déposé au nom de l'intimé.

ing that they will be prevented from carrying it out without even having tried to do so.

No objection was taken by the respondent at the hearing of the appeal to the raising of the question of the Minister's duty to provide an application form to the appellant, and an order to this effect would, in any event, be included within the larger and more general terms of the order originally sought by the appellants. I would accordingly allow the appeal and would issue an order in the nature of *mandamus* requiring the respondent to send to the appellant Luong Manh Nguyen an application for landing (form IMM 8) and to process the same, when completed, to the extent possible.

I would grant the appellants their costs throughout.

STONE J.A.: I agree.

affirmant tout bonnement qu'on les empêchera de l'accomplir, sans même avoir tenté de l'accomplir.

L'intimé ne s'est pas opposé, à l'audition de l'appel, à ce qu'on soulève la question de l'obligation du ministre de fournir un formulaire de demande à l'appelant, et une ordonnance à cette fin serait incluse, en tout état de cause, dans les conditions plus vastes et générales de l'ordonnance sollicitée au départ par les appelants. J'accueillerais par conséquent l'appel et rendrais une ordonnance de *mandamus* obligeant l'intimé à transmettre à l'appelant Luong Manh Nguyen une demande de droit d'établissement (formulaire IMM 8) et à la traiter, une fois remplie, dans la mesure du possible.

J'accorderais aux appelants leurs dépens à tous les paliers.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-967-91

A-967-91

Mark Donald Benner (*Appellant*) (*Applicant*)Mark Donald Benner (*appelant*) (*requérant*)

v.

c.

The Secretary of State of Canada and the Registrar of Citizenship (*Respondents*) (*Respondents*)

Le secrétaire d'État du Canada et le greffier de la citoyenneté (*intimés*) (*intimés*)

*INDEXED AS: BENNER v. CANADA (SECRETARY OF STATE) (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: BENNER c. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT) (C.A.)*

Court of Appeal, Marceau, Linden and Létourneau J.J.A.—Vancouver, June 10; Ottawa, June 30, 1993.

Cour d'appel, juges Marceau, Linden et Létourneau, J.C.A.—Vancouver, 10 juin; Ottawa, 30 juin 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from denial of citizenship — Appellant born in 1962 in U.S.A. to Canadian mother married to American father — 1947 Citizenship Act providing person born abroad to Canadian father natural-born Canadian, but not if born to Canadian mother, unless unmarried — 1977 Act providing those born abroad before coming into force of 1977 Act to Canadian fathers remaining automatically entitled to Canadian citizenship, but those claiming citizenship through Canadian mothers married to foreigners required to apply for citizenship, subject to extra procedures — Appellant failing criminal record check — Whether distinctions between maternal and paternal lineage claimants discrimination based on sex, contrary to Charter, s. 15 — Whether alleged discrimination arising at time of birth under 1947 Act or upon 1989 application for citizenship under current Act — If legislation discriminatory, whether saved by Charter s. 1 — Retroactive, retrospective application of Citizenship Act, Charter.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel contre le rejet de la demande de citoyenneté — L'appelant est né en 1962 aux États-Unis du mariage de sa mère canadienne et de son père américain — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 prévoit que l'individu né à l'étranger avant 1977 de père canadien est citoyen canadien de droit, et que l'individu né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne et de son père non canadien a maintenant le droit de demander la citoyenneté mais est tenu à certaines formalités supplémentaires — L'appelant a un mauvais casier judiciaire — La distinction entre demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle vaut-elle discrimination sexuelle interdite par l'art. 15 de la Charte? — La soi-disant discrimination s'est-elle produite au moment de la naissance, sous l'empire de la Loi de 1947, ou au moment de la demande de citoyenneté, faite en 1989 sous le régime de la loi actuelle? — Au cas où le texte de loi serait discriminatoire, peut-il se justifier au regard de l'article premier de la Charte? — Application rétroactive ou retrospective de la Loi sur la citoyenneté et de la Charte.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Appeal from denial of citizenship — Appellant born in 1962 in U.S.A. to Canadian mother married to American father — 1947 Citizenship Act providing person born abroad to Canadian father natural-born Canadian, but not if born to Canadian mother unless unmarried — 1977 Act providing those born abroad before coming into force of 1977 Act to Canadian fathers remaining automatically entitled to Canadian citizenship, but those claiming citizenship through Canadian mothers married to foreigners required to apply for citizenship, subject to extra procedures — Appellant failing criminal record check — Whether Charter, s. 15 applied — Whether 1947 or 1977 Act cause of alleged discrimination — Whether treatment in 1989 under current Act or birth in 1962 relevant event giving rise to alleged discrimination — Whether distinctions between maternal and paternal lineage citizenship claimants discrimination based on sex.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel contre le rejet de la demande de citoyenneté — L'appelant est né en 1962 aux États-Unis du mariage de sa mère canadienne et de son père américain — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 prévoit que l'individu né à l'étranger avant 1977 de père canadien est citoyen canadien de droit, et que l'individu né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne et de son père non canadien a maintenant le droit de demander la citoyenneté mais est tenu à certaines formalités supplémentaires — L'appelant a un mauvais casier judiciaire — L'art. 15 de la Charte s'applique-il? — La soi-disant discrimination découle-t-elle de la Loi de 1947 ou de celle de 1977? — L'événement déterminant de la soi-disant discrimination était-il le traitement accordé à l'appelant en 1989 sous le régime de la loi actuelle ou sa naissance en*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — If 1977 Citizenship Act discriminating between maternal and paternal lineage claimants based on sex because only former subject to oath requirements, criminal record check, whether saved by Charter, s. 1 — Whether objectives of application process for maternal lineage claimants (to establish allegiance to Canada, ensure security of nation, safety of people) sufficiently important to warrant overriding constitutionally protected right — Whether requirements of three-part proportionality test met.*

*Construction of statutes — Retroactivity, retrospectivity — 1947 Citizenship Act conferring automatic citizenship on children born abroad to Canadian fathers, but not on those born to Canadian mothers, unless unmarried — 1977 Act continuing automatic citizenship for paternal lineage claimants, but maternal lineage claimants subject to extra procedures i.e. criminal record check, oath of allegiance — Appellant, born in U.S.A. in 1962, to Canadian mother married to American father applying for Canadian citizenship — Application denied in 1989 because failed criminal record check — Whether treatment under current Act in 1989 or birth in 1962 relevant event giving rise to alleged discrimination i.e. whether 1947 or 1977 Act cause of alleged discrimination — If former, involving retroactive application of Charter — Charter not applying retroactively, retrospectively — Whether constitutional challenge to 1977 Act involving retroactive application of Charter — Legislation conferring citizenship on maternal lineage claimants, or subjecting paternal lineage claimants to same procedures as maternal lineage claimants retroactive as changing legal effect of event taking place before enactment.*

This was an appeal from the trial judgment dismissing an appeal from the denial of the appellant's application for Canadian citizenship. He is an American citizen, born in the U.S.A. in 1962 to a Canadian mother who was married to his American father. Between 1947 and 1977 the *Canadian Citizenship Act* provided that a person born outside Canada to a father who was a Canadian citizen would be a natural-born Canadian, but not if he was born to a Canadian mother, unless she was unmarried. In 1977 the *Citizenship Act* was amended. Individuals born outside of Canada prior to 1977 whose fathers were Canadian citizens remained automatically entitled to Canadian citizenship upon registering their birth. Any person born outside Canada before the coming into force of the Act to a

1962? — La distinction entre demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle vaut-elle discrimination sexuelle interdite par l'art. 15 de la Charte.

a Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Au cas où la Loi sur la citoyenneté de 1977 opérerait discrimination sexuelle entre demandeurs de filiation maternelle et demandeurs de filiation paternelle du fait que seuls les premiers sont tenus à l'obligation du serment de citoyenneté et de l'enquête sur le casier judiciaire, il échet d'examiner si elle peut se justifier au regard de l'art. 1 de la Charte — Les objectifs visés par les formalités de demande imposées aux demandeurs de filiation maternelle (s'assurer de l'allégeance envers le Canada, garantir la sécurité de la nation et de son peuple) sont-ils suffisamment importants pour justifier la dérogation à un droit protégé par la constitution — La triple condition du critère de proportionnalité a-t-elle été remplie?

b Interprétation des lois — Rétroactivité, rétrospectivité — La Loi sur la citoyenneté de 1947 prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire — La Loi de 1977 maintient la citoyenneté de droit pour les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle, mais les demandeurs de filiation maternelle sont tenus à certaines formalités supplémentaires, savoir l'enquête sur le casier judiciaire et la prestation du serment de citoyenneté — L'appellant, né aux États-Unis en 1962, du mariage de sa mère canadienne et de son père américain, a demandé la citoyenneté canadienne — Sa demande a été rejetée en 1989 du fait de son casier judiciaire — Il échet d'examiner si le traitement accordé à l'appellant en 1989 sous le régime de la Loi actuelle ou sa naissance en 1962 était l'événement déterminant de la soi-disant discrimination, c'est-à-dire si la soi-disant discrimination découle de la Loi de 1947 ou de celle de 1977 — Dans le premier cas, il y aurait application rétroactive de la Charte — Il n'y a pas en l'espèce application rétroactive ou rétrospective de la Charte — Une contestation de la constitutionnalité de la Loi de 1977 met-elle en jeu l'application rétroactive de la Charte? — Un texte de loi accordant la citoyenneté aux demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, ou soumettant les demandeurs de filiation paternelle aux mêmes formalités que les premiers, serait rétroactif parce qu'il changerait l'effet juridique d'un événement ayant eu lieu avant son adoption.

Appel contre le jugement de première instance qui a débouté l'appellant de son recours contre le rejet de sa demande de citoyenneté. L'appellant est citoyen américain, né aux États-Unis en 1962 du mariage de sa mère canadienne et de son père américain. De 1947 à 1977, la *Loi sur la citoyenneté* prévoyait qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire. Par suite de la modification en 1977 de la même Loi, les individus nés à l'étranger avant 1977 de pères canadiens étaient citoyens canadiens de droit après la déclaration de leur naissance. Quiconque était né à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi, du mariage de sa mère canadienne et de son père non canadien,

Canadian mother married to a non-Canadian father was permitted to apply for citizenship, but extra procedures, including swearing or affirming an oath of citizenship and passing a criminal background check, were required. In addition, the requirements of the *Citizenship Regulations* had to be satisfied. In 1987 the appellant applied for Canadian citizenship. His application was rejected in 1989 because he failed the criminal clearance procedure under the Act, section 22. On appeal to the Trial Division, the appellant argued that *Citizenship Act*, paragraphs 3(1)(e), 5(2)(b) and section 22 and *Citizenship Regulations*, section 20 were discriminatory contrary to Charter, section 15. The Trial Judge held that the Charter did not apply retrospectively and section 15 did not have effect until April 17, 1985. Although a continuing discriminatory practice would not involve retrospective application of the Charter, there was no continuing discriminatory practice as it had been rectified as of February 15, 1977.

The appellant argued that the Act and Regulations discriminated based on sex in that children born abroad of married Canadian mothers are treated less favourably than children born abroad of married Canadian fathers with regard to their entitlement to automatic citizenship by birth.

The issues were whether the distinctions between maternal and paternal lineage applicants constituted discrimination contrary to Charter, section 15; and if so, whether that discrimination was justified under Charter, section 1.

*Held* (Linden J.A. concurring in the result), the appeal should be dismissed.

*Per* Marceau J.A.: There was no discrimination based on sex in the 1947 legislation not conferring on children born abroad to Canadian mothers married to foreigners the same entitlement to automatic citizenship by birth that it conferred on children born to Canadian fathers. The 1947 provisions were based on contemporary attitudes—resulting from long-standing stereotyping of women—as to the organization of society, the effects of marriage and the family unit. That the child born abroad in wedlock acquired his father's citizenship was not directly linked to any prejudice regarding the sex of the parents and had nothing to do with the sex of the child.

The 1977 Act did not discriminate based on sex. A child born abroad to a Canadian mother married to his non-Canadian father was required to seek and be granted citizenship due solely to the fact that he was not then a Canadian citizen by birth under the Act in force at the moment of his birth.

Legislation automatically conferring Canadian citizenship on a child previously born abroad to a Canadian mother and non-Canadian father, would have been retroactive since it would have changed the legal effect of an event that took place before its enactment. Non-acquisition of Canadian citizenship by birth is a legal status definitively and finally settled pursu-

avait maintenant le droit de demander la citoyenneté mais était tenu à certaines formalités supplémentaires, comme la prestation du serment de citoyenneté et l'enquête sur le casier judiciaire. En outre, il doit satisfaire aux conditions prévues par le *Règlement sur la citoyenneté*. En 1987, l'appellant a demandé la citoyenneté canadienne, mais sa demande a été rejetée en 1989 du fait de son casier judiciaire, et ce, en application de l'article 22 de la Loi. En appel devant la Section de première instance, l'appellant soutenait que les alinéas 3(1)e), 5(2)b) et l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* ainsi que l'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté* opéraient discrimination interdite par l'article 15 de la Charte. Le juge de première instance a jugé que la Charte ne s'appliquait pas rétrospectivement et que son article 15 n'avait pas effet avant le 17 avril 1985. Bien qu'une pratique discriminatoire continue n'implique pas l'application rétrospective de la Charte, il n'y avait pas en l'espèce pratique discriminatoire continue puisque la pratique a été rectifiée à partir du 15 février 1977.

L'appellant soutient que la Loi et le Règlement opéraient discrimination sexuelle en ce que les enfants nés à l'étranger du mariage de leur mère sont, pour ce qui est de la citoyenneté de naissance, défavorisés par rapport aux enfants nés à l'étranger du mariage de leur père canadien.

Il échet d'examiner si la distinction entre demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle et demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle vaut discrimination interdite par l'article 15 de la Charte et, dans l'affirmative, si cette justification peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte.

*Arrêt* (le juge Linden, J.C.A. prononçant des motifs concordants quant au résultat): l'appel doit être rejeté.

Le juge Marceau, J.C.A.: Les enfants nés à l'étranger du mariage de leur mère canadienne avec un étranger n'étaient pas victimes de discrimination sexuelle du fait que la loi de 1947 ne leur attribuait pas de plein droit la citoyenneté à raison de la naissance, qu'elle prévoyait pour les enfants nés de pères canadiens. Les dispositions de 1947 étaient fondées sur les vœux—résultant de la traditionnelle conception stéréotypée de la place de la femme—qui avaient cours à l'époque sur l'organisation de la société, les effets du mariage et la conception de la cellule familiale. La règle selon laquelle l'enfant légitime né à l'étranger acquérait la nationalité du père n'était directement liée à aucun préjugé relatif au sexe des parents et n'avait rien à voir avec le sexe de l'enfant.

La Loi de 1977 n'opérait pas discrimination sexuelle. Si l'enfant né à l'étranger du mariage d'une mère canadienne et d'un père non canadien, qui voulait acquérir la citoyenneté devait en faire la demande, cet état de choses tenait à ce qu'il n'était pas citoyen de naissance au regard de la Loi en vigueur au moment de sa naissance.

Une loi accordant la citoyenneté canadienne de plein droit à l'enfant né auparavant à l'étranger d'une mère canadienne et d'un père non canadien, aurait été rétroactive car elle aurait changé l'effet juridique d'un fait qui avait eu lieu avant son adoption. La non-acquisition de la citoyenneté canadienne de naissance est un statut juridique définitivement et irrévocable-

ant to the existing law at the moment of birth. The appellant alleged that he did not seek retroactive application of the Charter since his claim is not based on the 1947 Act, but exclusively on the treatment he received in 1989 under the current Act. It is not the moment when a claimant has been actually affected by the provisions of an Act that is relevant in determining whether he is seeking a retroactive application of the Charter. It is whether the contended discrimination would flow from the provisions themselves i.e. from the previously acquired legal situation that those provisions acted upon. The Charter does not apply retroactively. The impugned provisions applied to maternal offspring because they were not citizens by birth.

*Per* Linden J.A. (concurring in the result): The appellant's treatment in 1989 under the current *Citizenship Act* and the status of the 1977 Act, not the 1947 Act, were the subject of this appeal.

This was not a case of retrospective operation of the Charter. While his citizenship was originally determined when he was born, the appellant was not seeking to have his citizenship changed retroactive to that date. The relevant event was the rejection of the appellant's citizenship application in 1989 when his right to equality allegedly crystallized and was allegedly violated. The current *Citizenship Act* came into force on February 15, 1977, was in force in 1985 when section 15 of the Charter came into effect, and remains in force. The 1977 *Citizenship Act* was therefore subject to Charter scrutiny and is the Act that is challenged. Assessing the validity of the provisions of an existing statute does not involve retrospective application of section 15, particularly where the legislation is challenged as a result of treatment under that statute after the coming into force of section 15.

The *Citizenship Act* draws a distinction which denies equality under the law and equal benefit of the law to maternal lineage applicants. Although the different treatment for citizenship purposes based on whether an individual was claiming through his mother or father was eliminated as to the future under the 1977 *Citizenship Act*, the new regime established thereunder for those born prior to 1977 continued that distinction.

While the *Citizenship Act* differentiates in its treatment of claimants based on the sex of the claimant's parent, it does not draw a distinction based on the sex of the claimant. The discrimination against the mother is unfairly visited upon the child. This is not a case of one individual asserting the Charter rights of another. It is a case of an individual claiming to be discriminated against as a result of his association with a member of a group—women—subject to discrimination. Discrimination resulting from association is no more tolerable than direct discrimination.

For those born prior to 1977, the double standard that has been established in the 1977 *Citizenship Act* is discriminatory.

ment fixé par la loi en vigueur au moment de la naissance. L'appelant soutient qu'il ne demande pas l'application rétroactive de la Charte, puisque son action ne porte pas sur la Loi de 1947, mais exclusivement sur le traitement qu'il a reçu en 1989 sous le régime de la Loi actuellement en vigueur. Ce n'est pas le moment où le demandeur est effectivement touché par les dispositions d'une loi qu'il faut prendre en considération pour décider s'il demande ou non l'application rétroactive de la Charte; il s'agit plutôt de savoir si la discrimination supposée découle de ces dispositions elles-mêmes ou du statut juridique antérieur qui en fait l'objet. La Charte ne s'applique pas rétroactivement. Les dispositions contestées ont été étendues aux enfants nés de mères canadiennes parce qu'ils ne sont pas citoyens canadiens de naissance.

Le juge Linden, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Ce sont le traitement dont il faisait l'objet en 1989 sous le régime de l'actuelle *Loi sur la citoyenneté* et le statut de la Loi de 1977 qui sont visés dans cet appel, non pas la Loi de 1947.

Il ne s'agit pas d'une application rétroactive de la Charte. Certes la nationalité d'origine de l'appelant fut déterminée à sa naissance, mais il ne revendique pas la citoyenneté rétroactivement à cette date. L'événement déterminant doit être au contraire le rejet en 1989 de sa demande de citoyenneté; c'est à ce moment-là que son droit à l'égalité se serait cristallisé et aurait été violé. L'actuelle *Loi sur la citoyenneté* est entrée en vigueur le 15 février 1977; elle s'appliquait en 1985 au moment de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte, et elle s'applique à l'heure actuelle. Elle se prête donc en l'espèce à l'analyse au regard de la Charte, et c'est elle que l'appelant conteste. Juger la validité des dispositions d'une loi en vigueur ne signifie pas application rétroactive de l'article 15; cela est d'autant plus vrai dans les cas où la validité de la loi est remise en question par quelqu'un qui se plaint du traitement dont il fait l'objet sous son régime après l'entrée en vigueur de l'article 15.

La *Loi sur la citoyenneté* fait une distinction qui prive les demandeurs de filiation maternelle de l'égalité dans la loi et du même bénéfice de la loi. Bien que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 ait éliminé pour l'avenir la différence de traitement en matière de citoyenneté, entre la filiation maternelle et la filiation paternelle, le nouveau régime qu'elle établit à l'égard des personnes nées avant 1977 maintient cette distinction.

Si la *Loi sur la citoyenneté* prévoit un traitement différent pour les demandeurs selon qu'ils se réclament de leur filiation paternelle ou de leur filiation maternelle, elle ne fait pas une distinction fondée sur leur sexe. La discrimination contre la mère est injustement portée sur l'enfant. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un individu essaie de faire valoir les droits garantis par la Charte pour quelqu'un d'autre. Cette action a été intentée par un individu qui se dit personnellement victime de discrimination par suite de son association avec un membre d'un groupe—celui des femmes—victime de discrimination. La discrimination par association n'est pas moins intolérable que la discrimination directe.

À l'égard des personnes nées avant 1977, la norme différenciatrice instaurée par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 est dis-

In contrast to men, women who are Canadian citizens are not afforded the same opportunity to pass on their citizenship to their children born outside Canada. This distinction is the result of stereotyping and prejudice against women. Remnants of the discriminatory treatment of women have been continued in the new Act in the form of a separate and more onerous path for acquiring citizenship.

The legislation was, however, saved by Charter, section 1. The limit on Charter, section 15 rights was reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. (1) The respondents had established that the objective which the limitation was designed to promote was "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom". At a minimum, an objective must be "pressing and substantial" to qualify as sufficiently important. The objectives of the various stages in the application process for those relying on maternal lineage were to establish a commitment or allegiance to Canada and ensure the security of the nation and the safety of its people. They were pressing and substantial. (2) The respondents also satisfied the three-part proportionality test. (i) The measure limiting the Charter right was rationally connected to the intended objective. Swearing an oath is an appropriate way to determine an individual's allegiance to this country. It is therefore rationally connected to the objective of establishing an individual's allegiance to Canada. Similarly, the provisions precluding citizenship while charged with or on trial for an indictable offence, or if convicted of an indictable offence during the three years preceding an application for citizenship, is rationally connected to the objective of ensuring the security of the nation and the safety of its people. (ii) The second component of the proportionality test, i.e. that the limiting measures impair the Charter as little as possible, has been modified where the rights of different groups come in conflict and must be mediated. It depends on whether Parliament could "reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively". Since the existing citizenship rights of paternal lineage claimants conflicted with the equality rights of maternal lineage applicants, the modified standard of review was attracted. Although a scheme that subjects maternal and paternal lineage claimants to the same requirements would be superior as regards equality, that alternative was not reasonably available to Parliament. Paternal lineage claimants were entitled to register their citizenship under the 1947 Citizenship Act. To subject them to the same oath and criminal clearance requirements as maternal lineage claimants, Parliament would have had to derogate from their existing rights. To avoid that injustice, the government exempted paternal lineage claimants from those requirements. The balance chosen remedied the inequity to Canadian women and their children born outside the country resulting from the 1947 Citizenship Act without undercutting the existing rights of paternal lineage applicants. Parliament could not have chosen an alternative means which would have impaired the right in question less, but which would have achieved the identified objective as effectively. (iii) The effects of the measures were proportional to the significance of the objective to be achieved. Not providing the exemption accorded paternal lineage appli-

criminoire. À l'opposé des hommes, les femmes qui sont citoyennes canadiennes ne jouissent pas du même droit de transmettre leur nationalité à leurs enfants nés à l'étranger. Cette distinction est le fruit des préjugés et des stéréotypes entretenus contre les femmes. Des vestiges du traitement discriminatoire réservé aux femmes se retrouvent dans la Loi actuelle, sous la forme d'un processus, distinct et plus rigoureux, de revendication de la citoyenneté.

Le texte de loi contesté peut cependant se justifier au regard de l'article premier de la Charte. La restriction des droits garantis par l'article 15 de la Charte est en l'espèce raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. (1) Les intimés ont prouvé que l'objectif visé par la restriction est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution». Au minimum, un objectif doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles» pour être considéré comme suffisamment important. Les objectifs visés par les différents stades du processus de demande à suivre par ceux qui se réclament de leur filiation maternelle visent à assurer l'engagement ou l'allégeance envers le Canada et à garantir la sécurité de la nation et de son peuple. Ils sont donc urgents et réels. (2) Les intimés ont aussi satisfait au critère de proportionnalité qui comporte trois volets. (i) La mesure portant restriction du droit garanti par la Charte présente un lien rationnel avec l'objectif visé. La prestation du serment est un moyen légitime de s'assurer de l'allégeance de l'intéressé envers ce pays. Elle présente donc un lien rationnel avec l'objectif qui est de fixer l'allégeance de l'individu envers le Canada. De même, l'interdiction d'accorder la citoyenneté à quiconque est inculpé ou a été déclaré coupable d'un acte criminel pendant l'instruction de sa demande ou au cours des trois années qui la précèdent, présente un lien rationnel avec l'objectif qui est d'assurer la sécurité de la nation et de son peuple. (ii) Le deuxième volet du critère de proportionnalité, savoir que les mesures restrictives portent atteinte le moins possible à la Charte, a été modifié dans son application aux cas où les droits de différents groupes entrent en conflit et doivent être conciliés. Cette condition dépend de la question de savoir si le législateur «aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié». Il y a un conflit entre le droit à la citoyenneté des demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et les droits à l'égalité des demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, ce qui appelle l'application de la norme modifiée d'examen. Un régime qui prévoit les mêmes conditions pour les uns et les autres serait nettement supérieur du point de vue de l'égalité, mais le législateur n'avait pas raisonnablement cet autre moyen à sa disposition. Les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle avaient le droit de faire enregistrer leur citoyenneté sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. Pour leur imposer la même obligation du serment de citoyenneté et la même enquête sur le casier judiciaire que pour les demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, le législateur aurait eu à déroger à leurs droits existants. Afin d'éviter cette injustice, le gouvernement a exempté de ces obligations les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle. La solution choisie remédie à l'injustice faite aux femmes canadiennes et à leurs



cants born prior to 1977 to maternal lineage claimants born prior to 1977 was not a significant incursion into the equality rights of the latter, but it allowed the government to pursue the pressing and substantial objectives of the relevant provisions of the *Citizenship Act*.

*Per Létourneau J.A.*: The Charter did not apply. The cause of the alleged discrimination was the 1947 Citizenship Act. A Charter challenge to the 1947 Act would have involved retrospective application of the Charter to a prior legislation on account of a prior event. Section 15 should not be applied retrospectively. Although the 1977 *Citizenship Act* was clearly meant to have a retrospective application, the Charter, section 15 was not. It did not come into force until three years after the other provisions of the Charter so as to allow the legislatures time to effect any legislative changes needed to satisfy the constitutional guarantees provided by section 15.

The 1977 Act was enacted prior to the Charter and related to an event which took place prior to the Charter. A constitutional attack on that Act would have had to have been based on the argument that the 1977 Act was discriminatory because it did not eliminate the discrimination which occurred in 1962 because of the 1947 Citizenship Act and that would involve a retrospective or retroactive application of the Charter. The appellant was reading the 1977 Act as if the provision of the 1947 Act which created the differential treatment had never existed at all. This is retroactivity.

For section 15 to apply there must be an actual or an ongoing discrimination which deprives one of equal protection and benefit of the law. The discriminatory legislation was repealed in 1977 and the discriminatory practice ceased as the 1977 Act eliminated for the future the source of discrimination. For those like the appellant who were governed by the 1947 Act, the discrimination crystallized on the date of their birth in a foreign country when they acquired a foreign nationality and the then Canadian Citizenship Act did not give them the right to acquire Canadian citizenship.

The treatment of the appellant under the 1977 Act was not discriminatory. Canadian women were subjected to a different treatment under the old law more on the basis of marital status than on sex. This differential treatment no longer exists for children born abroad after February 14, 1977 to either a Canadian father or mother. Because conferring Canadian citizenship on persons born outside of Canada prior to 1977 to married Canadian mothers would have national and international impli-

enfants nés à l'étranger par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, sans pour autant porter atteinte aux droits existants des demandeurs qui se réclament de leur filiation paternelle. Le législateur n'aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait porté moins atteinte au droit en question et qui aurait permis d'atteindre l'objectif identifié de façon tout aussi efficace. (iii) Les effets des mesures prises étaient proportionnels à l'importance de l'objectif visé. Ne pas accorder aux personnes nées avant 1977 de mère canadienne l'exception applicable aux demandeurs qui se réclament de leur filiation paternelle, ne revient pas à porter gravement atteinte à leurs droits à l'égalité, mais permet au gouvernement de poursuivre les objectifs urgents et réels des dispositions applicables de la *Loi sur la citoyenneté*.

Le juge Létourneau, J.C.A.: La Charte ne s'applique pas en l'espèce. La soi-disant discrimination découle de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. Une contestation, fondée sur la Charte, de la Loi de 1947 doit poser pour postulat l'application rétroactive de la Charte à une loi antérieure en raison d'un fait antérieur. Il ne faut pas appliquer rétroactivement l'article 15. S'il est indéniable que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 était destinée à s'appliquer rétrospectivement, il est évident que l'article 15 de la Charte n'est pas rétrospectif. Il n'est entré en vigueur que trois ans après que les diverses législatures eurent le temps d'apporter les modifications nécessaires à leurs lois respectives pour les rendre conformes aux garanties constitutionnelles qu'il prévoit.

La Loi de 1977 est antérieure à la Charte et vise un fait ayant eu lieu avant cette dernière. Pour en contester la constitutionnalité, l'appelant aurait eu à démontrer que la Loi de 1977 est discriminatoire parce qu'elle n'élimine pas la discrimination qui avait cours en 1962 à cause de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, ce qui nécessiterait une application rétrospective ou rétroactive de la Charte. L'appelant demande que la Loi de 1977 s'applique comme si la disposition de la Loi de 1947 qui prévoyait la différence de traitement n'avait jamais existé. Voilà bien une conclusion rétrospective.

Pour que l'article 15 s'applique, il faut qu'il y ait un acte discriminatoire actuel ou en cours, qui prive l'intéressé de la protection et du bénéfice de la loi, dont jouissent les autres. Le texte de loi discriminatoire a été abrogé en 1977 et la pratique discriminatoire a pris fin puisque la Loi de 1977 a éliminé depuis cette date la source de discrimination. Pour ceux qui, à l'instar de l'appelant, étaient soumis au régime de la Loi de 1947, la discrimination s'est cristallisée à la date de leur naissance dans un pays étranger, date à laquelle ils acquièrent la nationalité étrangère puisque la *Loi sur la citoyenneté* en vigueur à l'époque au Canada ne leur donnait pas le droit d'acquérir la citoyenneté canadienne.

Le traitement réservé à l'appelant sous le régime de la Loi de 1977 n'est pas discriminatoire. C'est plus en raison de leur état matrimonial que de leur sexe que les femmes canadiennes faisaient l'objet d'un traitement différent sous l'empire de l'ancienne loi. Cette différence de traitement n'existe plus à l'égard de l'enfant né à l'étranger après le 14 février 1977, et dont soit le père soit la mère est Canadien. Conscient des répercussions nationales et internationales de l'octroi de la

cations, Parliament made it optional for those aliens to acquire Canadian citizenship and imposed minimal conditions.

The section 22 prohibition against granting citizenship to criminals applied only to aliens. The appellant was an alien and caught by section 22.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1952, c. 33, s. 5.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15.  
*Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 (now R.S.C., 1985, c. C-29), ss. 3, 5, 12, 19, 20, 22 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11).  
*Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, s. 20.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 146.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 12.  
*Immigration Act*, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 27, 43, 44.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 41, 42.  
*The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15, s. 5 (later *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19), s. 5.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### CONSIDERED:

*R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 193; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.); *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200;

citoyenneté canadienne aux personnes nées avant 1977 à l'étranger, du mariage de leur mère canadienne, le législateur a réservé à ces étrangers la faculté d'acquérir la citoyenneté canadienne et a imposé, à cet égard, certaines conditions minimales à remplir.

<sup>a</sup> L'interdiction, prévue à l'article 22, d'accorder la citoyenneté aux criminels ne s'applique qu'aux étrangers. L'appelant est un étranger et tombe dans le champ d'application de cet article.

#### b LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 146.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 12.  
*Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-29), art. 3, 5, 12, 19, 20, 22 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 11).  
*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15, art. 5 (devenue par la suite *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19), art. 5.  
*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1952, ch. 33, art. 5.  
<sup>e</sup> *Loi sur l'immigration*, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 27, 43, 44.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 41, 42.  
*Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400, art. 20.

#### f JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 45 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 89 N.R. 161; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; (1985), 66 A.R. 202; 23 D.L.R. (4th) 503; [1986] 1 W.W.R. 193; 41 Alta. L.R. (2d) 97; 22 C.C.C. (3d) 513; 48 C.R. (3d) 193; 18 C.R.R. 1; 62 N.R. 50; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.); *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314; (1993), 19 Imm. L.R. (2d) 81 (C.A.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200;

24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887; [1951] 4 D.L.R. 529; *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *In re Citizenship Act and in re Noailles*, [1985] 1 F.C. 852 (T.D.); *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

## REFERRED TO:

*Benner v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1; affg (*sub nom. R. v. James, Kirsten and Rosenthal*) (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 DTC 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.); *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (B.C.C.A.).

## AUTHORS CITED

Coté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1991.  
Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978) 56 *Can. Bar Rev.* 264.

APPEAL from trial judgment ([1992] 1 F.C. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (T.D.)) dismissing appeal from the denial of the appellant's application for Canadian citizenship. Appeal dismissed.

## COUNSEL:

Richard A. Vanderkooy, for appellant (applicant).

24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887; [1951] 4 D.L.R. 529; *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; (1988), 41 C.C.C. (3d) 193; 64 C.R. (3d) 297; 86 N.R. 85; 28 O.A.C. 243; *Affaire intéressant la Loi sur la citoyenneté et Noailles*, [1985] 1 C.F. 852 (1<sup>re</sup> inst.); *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; [1991] 2 W.W.R. 385; (1990), 69 Man. R. (2d) 161; 62 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (4th) 1; 1 C.R.R. (2d) 1; 119 N.R. 161; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Benner c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 93 N.R. 250 (C.A.F.); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; 67 C.C.C. (3d) 193; 38 C.P.R. (3d) 451; 8 C.R. (4th) 145; 7 C.R.R. (2d) 36; 130 N.R. 1; 49 O.A.C. 161; *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669; (1988), 63 O.R. (2d) 635; 40 C.C.C. (3d) 576; [1988] 2 C.T.C. 1; 88 DTC 6273; 85 N.R. 1; conf. (sous l'intitulé de cause *R. v. James, Kirsten and Rosenthal*) (1986), 55 O.R. (2d) 609; (1986), 27 C.C.C. (3d) 1; [1986] 2 C.T.C. 288; 86 DTC 6432; 15 O.A.C. 319 (C.A.); *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (C.A.C.-B.).

## DOCTRINE

Coté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990.  
Driedger, Elmer A. «Statutes: Retroactive Retrospective Relections» (1978) 56 *R. du B. Can.* 264.

APPEL contre le jugement de première instance ([1992] 1 C.F. 771; (1991), 43 F.T.R. 180 (1<sup>re</sup> inst.)) qui a rejeté le recours contre le rejet de la demande de citoyenneté canadienne de l'appelant. Appel rejeté.

## AVOCATS:

Richard A. Vanderkooy pour l'appelant (requérant).

*Debra M. McAllister and Cheryl D. E. Mitchell*  
for respondents (respondents).

SOLICITORS:

*Richard A. Vanderkooy*, North Vancouver, for  
appellant (applicant).<sup>a</sup>  
*Deputy Attorney General of Canada* for respon-  
dents (respondents).

*The following are the reasons for judgment ren-  
dered in English by*<sup>b</sup>

MARCEAU J.A.: I respectfully disagree with my  
brother Linden J.A. whose reasons for judgment I  
have had the advantage of reading. In my view, the  
Trial Judge [[1992] 1 F.C. 771] arrived at the right  
conclusion and his analysis, for the most part,  
appears to me quite sound. My disagreement with the  
views of my colleague can be explained quickly.

1. First, I do not see how it can be said that chil-  
dren born abroad of married Canadian mothers were,  
before 1977, discriminated against on the basis of sex  
because the Canadian law then in force, the 1947 Cit-  
izenship Act [*The Canadian Citizenship Act*, S.C.  
1946, c. 15 (later R.S.C. 1970, c. C-19)], did not con-  
fer on them the same entitlement to automatic citi-  
zenship by birth that it conferred on children born of  
Canadian fathers. It seems to me that one should not  
confuse "sex" with "parental lineage" and one should  
not either forget that we are concerned with the chil-  
dren, not the mothers.

The 1947 provisions were clearly based on consid-  
erations of the time relative to the organization of  
society, the effects of marriage and the concept of  
family units. It is, of course, undeniable that these  
social considerations were not developed and put into  
effect without influence from the long standing stere-  
otyping regarding the place of women *vis-à-vis* that  
of men. But the idea that the child born abroad in  
wedlock should be regarded as having acquired the  
citizenship of his father only was not directly linked  
to any prejudice regarding the sex of the parents and,  
in any event, had obviously nothing to do with the  
sex of the child.

As to the impugned provisions of the 1977 Act  
[*Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108 (now

*Debra M. McAllister et Cheryl D. E. Mitchell*  
pour les intimés (intimés).

PROCUREURS:

*Richard A. Vanderkooy*, North Vancouver, pour  
l'appelant (requérant).  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les  
intimés (intimés).

*Ce qui suit est la version française des motifs du  
jugement rendus par*

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Je regrette de ne pouvoir  
partager les motifs du jugement qu'a prononcés mon  
collègue le juge Linden, J.C.A. À mon avis, le juge  
de première instance [[1992] 1 C.F. 771] a tiré la  
conclusion qui s'impose et son analyse me paraît,  
pour la plus grande partie, fort judicieuse. Mon  
désaccord avec les vues de mon collègue peut être  
expliqué en peu de mots.

1. En premier lieu, je ne vois pas comment on peut  
dire que les enfants nés à l'étranger du mariage de  
leur mère canadienne étaient, avant 1977, victimes de  
discrimination sexuelle du fait que la Loi sur la  
citoyenneté [*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C.  
1946, ch. 15 (par la suite, S.R.C. 1970, ch. C-19)] de  
1947 ne leur attribuait pas de plein droit la citoyen-  
neté à raison de la naissance, qu'elle prévoyait pour  
les enfants nés de pères canadiens. Il me semble qu'il  
ne faut pas confondre «sexe» et «filiation», et il ne  
faut pas oublier non plus que le problème concerne  
les enfants, non pas leurs mères.

Les dispositions de 1947 étaient manifestement  
fondées sur les vues qui avaient cours à l'époque sur  
l'organisation de la société, les effets du mariage et la  
conception de la cellule familiale. Il est indéniable  
que ces considérations sociales se sont développées et  
mises en place sous l'influence de la traditionnelle  
conception stéréotypée de la place de la femme vis-à-  
vis de l'homme. Cependant, la règle selon laquelle  
l'enfant légitime né à l'étranger acquerrait la nationa-  
lité du père n'était directement liée à aucun préjugé  
relatif au sexe des parents et, de toute façon, n'avait  
manifestement rien à voir avec le sexe de l'enfant.

Quant aux dispositions attaquées de la Loi de 1977  
[*Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108

R.S.C., 1985, c. C-29)], I fail to see how they can be attributed, in their purpose any more than in their effect, any discriminatory aspect related to sex. If the child previously born abroad in wedlock of a Canadian mother and a non-Canadian father was required to seek and be granted citizenship, it was solely due to the fact that he or she was not then a Canadian citizen by birth in view of the provisions of the Act that was in force at the moment of his or her birth. Which brings me to my second point.

2. It would have been possible for Parliament, in 1977, to automatically confer Canadian citizenship on a child previously born abroad of a Canadian mother and a non-Canadian father, but legislation to that effect would have been clearly retroactive since it would have changed the legal effect of an event that took place before its enactment, namely the birth outside Canada in wedlock from a non-Canadian father. It is clear that the non-acquisition of Canadian citizenship by birth is not a mere "practice" that has to be "continued" to remain in existence; it is a legal status definitively and finally settled pursuant to the existing law at the moment of birth. I simply do not see how, therefore, one could rely on the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] to dispute the validity of the choice made by Parliament in refusing to reach back completely and abolish the settled effect of the old law, given that the Charter does not apply retroactively.

The appellant alleges that he does not seek a retroactive application of the Charter, since his claim is not based on the 1947 Act but exclusively on the treatment he received in 1989 under the current *Citizenship Act*. The allegation is based on yet another confusion, in my view. It is not the moment when a claimant has been actually affected by the provisions of an Act which he or she contends to be discriminatory that is relevant to determine whether he or she seeks a retroactive application of the Charter; it is whether the contended discrimination would flow from the provisions themselves or rather from the previously acquired legal situation that those provi-

(maintenant L.R.C. (1985), ch. C-29)], je ne vois pas comment on pourrait y voir, à l'égard de leur objectif ou de leur effet, quelque élément de discrimination sexuelle que ce soit. Si à l'époque, l'enfant, né à l'étranger du mariage d'une mère canadienne et d'un père non canadien, qui voulait acquérir la citoyenneté devait en faire la demande, cet état de choses tenait à ce qu'il n'était pas citoyen canadien de naissance au regard des dispositions de la Loi en vigueur au moment de sa naissance. Ce qui m'amène au second point.

2. Le législateur aurait pu, en 1977, accorder la citoyenneté canadienne de plein droit à l'enfant né auparavant à l'étranger, du mariage d'une mère canadienne et d'un père non canadien, mais une loi dans ce sens aurait été de toute évidence rétroactive, car elle aurait changé l'effet juridique d'un fait qui avait eu lieu avant son adoption, savoir la naissance à l'étranger de l'enfant légitime d'un père non canadien. Il est clair que la non-acquisition de la citoyenneté canadienne de naissance n'est pas une simple «pratique» dont le maintien en vigueur doit être consacré par un texte de loi, mais un statut juridique définitivement et irréversiblement fixé par la loi en vigueur au moment de la naissance. Je ne peux donc voir comment, vu la non-rétroactivité de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], on pourrait l'invoquer pour contester le choix fait par le législateur qui était de ne pas revenir tout à fait en arrière afin d'abolir les effets établis de l'ancienne loi.

L'appelant soutient qu'il ne demande pas l'application rétroactive de la Charte, puisque son action ne porte pas sur la Loi de 1947, mais exclusivement sur le traitement qu'il a reçu en 1989 sous le régime de l'actuelle *Loi sur la citoyenneté*. Je pense que cet argument tient encore à une autre confusion. Ce n'est pas le moment où le demandeur est effectivement touché par les dispositions d'une loi discriminatoire à ses dires, qu'il faut prendre en considération pour décider s'il demande ou non l'application rétroactive de la Charte; il s'agit plutôt de savoir si la discrimination supposée découle de ces dispositions elles-mêmes ou du statut juridique antérieur qui en fait

sions acted upon. I repeat again what appears to me to be obvious: section 22 of the new Act (the criminal requirements) and section 20 of the associated Regulations [*Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400] (the oath requirements) were made applicable to maternal offspring born prior to 1977 as a direct and necessary consequence of the fact that they were not citizens by birth.

I would deny the appeal with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

LINDEN J.A. (*concurring in the result*): This appeal involves a section 15 Charter challenge to certain provisions of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 alleging discrimination on the basis of sex in that children of married Canadian mothers born abroad are treated less favourably than children of married Canadian fathers born abroad with regard to their entitlement to automatic citizenship by birth. This is an important issue, for "[t]o be a Canadian citizen by birth is a most cherished privilege." (See Décarv J.A. in *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.), at page 701.)

The Trial Judge of this Court dismissed an appeal from a decision of the Registrar of Citizenship denying an application for Canadian citizenship by the appellant, Mark Donald Benner. The appellant challenges the validity of the paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 11] of the *Citizenship Act*, *supra* and section 20 of the *Citizenship Regulations*.

#### THE LEGISLATION EXPLAINED

Between 1947 and 1977, the *Citizenship Act* provided in paragraph 5(1)(b) that a person would be a natural-born Canadian if born outside of Canada to a father who was a Canadian citizen, but not to a Canadian mother, unless she was unmarried. Recognizing that this provision was discriminatory in providing automatic citizenship based on paternal lineage, but

l'objet. Je répète ce qui est évident à mes yeux: le fait que l'application de l'article 22 de la nouvelle Loi (démêlés avec la justice) et de l'article 20 du Règlement [*Règlement sur la citoyenneté*, C.R.C., ch. 400] d'application (prestation du serment) a été étendue aux enfants nés de mères canadiennes avant 1977 est une conséquence directe et nécessaire du fait qu'ils ne sont pas citoyens canadiens de naissance.

Je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par*

LE JUGE LINDEN, J.C.A. (*motifs concordants quant au résultat*): L'appelant se fonde en l'espèce sur l'article 15 de la Charte pour contester certaines dispositions de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, en concluant à discrimination sexuelle du fait qu'en matière de citoyenneté de naissance, les enfants nés à l'étranger du mariage de leur mère canadienne sont défavorisés par rapport aux enfants nés à l'étranger du mariage de leur père canadien. Il s'agit là d'une question importante, étant donné que «[l]a citoyenneté canadienne de naissance est un privilège hautement estimé» (ainsi que l'a conclu le juge Décarv, J.C.A., dans *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.), à la page 701).

Le juge de première instance de cette Cour a rejeté l'appel formé contre la décision par laquelle le greffier de la citoyenneté avait rejeté la demande de citoyenneté canadienne faite par l'appelant Mark Donald Benner. Celui-ci conteste maintenant la validité des alinéas 3(1)(e) et 5(2)(b) et de l'article 22 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 11] de la *Loi sur la citoyenneté*, *supra*, ainsi que de l'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*.

#### EXPLICATION DE LA LÉGISLATION EN CAUSE

De 1947 à 1977, la *Loi sur la citoyenneté* prévoyait en son alinéa 5(1)(b) qu'était citoyen canadien de naissance quiconque était né hors du Canada d'un père canadien, mais non d'une mère canadienne à moins qu'elle ne fût célibataire. Cette disposition étant reconnue comme discriminatoire en ce qu'elle conférait la citoyenneté basée sur la filiation pater-

not on maternal lineage, a new *Citizenship Act* was introduced in 1977 to address this unjust distinction. Henceforth, children born to both Canadian mothers and fathers would be treated equally. In *Glynos v. Canada*, *supra*, at pages 701-702, Mr. Justice Décaré reviewed the legislative debates and came to the conclusion that:

Paragraph 5(2)(b) was specifically introduced into the *Citizenship Act* of 1976 to eliminate the discriminatory policy against women that flowed from the former Act, under which the child of a married Canadian woman born outside Canada could not acquire citizenship through her.

The new Act, in an effort to rectify the past discrimination, at least in part, also permits individuals born prior to 1977 to apply for citizenship based on maternal lineage. However, the present Act continues to differentiate between individuals relying on paternal lineage and those relying on maternal lineage, born before 1977. The new Act requires extra procedures on the part of those claiming citizenship through maternal lineage including, for instance, swearing or affirming an oath and passing a criminal background check. To highlight the differences in treatment in the present Act, I will set out the provisions that apply, depending on whether an individual relies on paternal lineage or maternal lineage.

(a) Paternal lineage

Individuals born outside of Canada prior to 1977, whose fathers were Canadian citizens, were automatically granted Canadian citizenship upon registering their birth under paragraph 5(1)(b) of the 1947 *Citizenship Act*, which provided:

5. (1) A person born after the 31st day of December 1946 is a natural-born Canadian citizen,

. . .

(b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and

(i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen, and  
(ii) the fact of his birth is registered in accordance with the regulations, within two years after its occurrence or within such extended period as the Minister may authorize in special cases. [Emphasis added.]

nelle, mais non la filiation maternelle, une nouvelle *Loi sur la citoyenneté* a été introduite en 1977 pour remédier à cette distinction injuste. Dès lors les enfants nés de père ou de mère canadiens seraient traités sur le même pied. Dans *Glynos c. Canada*, *supra*, aux pages 701 et 702, le juge Décaré, après avoir évoqué les travaux préparatoires de cette Loi, est parvenu à la conclusion suivante:

L'alinéa 5(2)(b) a été introduit dans la *Loi sur la citoyenneté* de 1976 précisément pour éliminer la politique discriminatoire à l'égard des femmes découlant de l'ancienne Loi et selon laquelle la femme canadienne mariée ne pouvait transmettre sa citoyenneté à son enfant né à l'étranger.

La nouvelle Loi, afin de remédier à la discrimination passée, en partie tout au moins, permet aussi aux individus nés avant 1977 de demander la citoyenneté en se réclamant de leur filiation maternelle. Elle continue cependant de distinguer, à l'égard des individus nés avant 1977, entre ceux qui se réclament de leur filiation paternelle et ceux qui se réclament de leur filiation maternelle, en prescrivant à l'égard de ces derniers des conditions supplémentaires: serment ou déclaration solennelle, et casier judiciaire vierge. Pour faire ressortir les différences de traitement qu'elle comporte, j'examinerai les dispositions applicables selon que l'intéressé se réclame de sa filiation paternelle ou de sa filiation maternelle.

a) Filiation paternelle

Les individus nés à l'étranger avant 1977 de pères canadiens étaient citoyens canadiens de droit après la déclaration de leur naissance, selon l'alinéa 5(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, qui prévoyait ce qui suit:

5. (1) Une personne née après le 31 décembre 1946 est un citoyen canadien de naissance,

. . .

b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si

(i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si  
(ii) le fait de sa naissance est inscrit, en conformité des règlements, au cours des deux années qui suivent cet événement ou au cours de la période prolongée que le Ministre peut autoriser en des cas spéciaux. [Non souligné dans le texte.]

In 1977, when Parliament enacted the new *Citizenship Act* a provision was included to preserve paternal lineage claimants' entitlement to citizenship. Paragraph 3(1)(e) of the 1977 Act specifically incorporated paragraph 5(1)(b) of the 1947 Act:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act. [Emphasis added.]

As a result of paragraph 3(1)(e) of the 1977 *Citizenship Act*, individuals born outside of Canada prior to 1977, whose fathers were Canadian citizens, remain automatically entitled to Canadian citizenship upon registering their birth under paragraph 5(1)(b) of the 1947 *Citizenship Act*.

#### (b) Maternal lineage

Individuals born to married parents outside of Canada prior to 1977, whose mothers were Canadian citizens, but whose fathers were not, were not entitled to Canadian citizenship under the 1947 *Citizenship Act*. In other words, there was no equivalent of paragraph 5(1)(b) of the 1947 Act for maternal lineage claimants. Recognizing the injustice of this discrepancy, Parliament specifically addressed the circumstances of these potential maternal lineage claimants in the new Act. Paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* provides an opportunity to apply for Canadian citizenship to maternal lineage claimants, born prior to 1977, who were excluded from entitlement under the 1947 Act. Paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act states:

5. . . .

(2) The minister shall grant citizenship to any person who

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize [the Minister has extended the time to February 15, 1992], an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application. [Emphasis added.]

Lorsque la nouvelle *Loi sur la citoyenneté* fut adoptée en 1977, une disposition y a été incluse qui maintient le droit à la citoyenneté par filiation paternelle. L'alinéa 3(1)(e) de la Loi de 1977 cite expressément a l'alinéa 5(1)(b) de la Loi de 1947:

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)(b) de l'ancienne loi. [Non souligné dans le texte.]

Par suite de l'alinéa 3(1)(e) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, les individus nés à l'étranger avant 1977 de pères canadiens, sont citoyens canadiens de droit après la déclaration de leur naissance conformément à l'alinéa 5(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947.

#### d b) Filiation maternelle

Les enfants nés à l'étranger avant 1977, du mariage de leur mère canadienne et de leur père non canadien, n'avaient pas droit à la citoyenneté canadienne sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. En d'autres termes, il n'y avait pas dans cette dernière une disposition faisant pendant à l'alinéa 5(1)(b) au profit de ceux qui se réclamaient de leur filiation maternelle. Conscient de l'injustice de cette contradiction, le législateur s'est expressément penché dans la nouvelle Loi sur le cas des personnes qui pourraient fonder leur demande sur leur filiation maternelle. L'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 prévoit la possibilité de demander la citoyenneté canadienne en vertu de leur filiation maternelle pour ceux qui, nés avant 1977, étaient privés de ce droit par la Loi de 1947. Voici ce qu'il porte:

h 5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise [ce délai a été prorogé jusqu'au 15 février 1992], à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là la qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(i) de l'ancienne loi. [Non souligné dans le texte.]



Thus, maternal lineage claimants born prior to 1977, and therefore coming within paragraph 5(2)(b) of the new Act, are not automatically entitled to register for citizenship as are paternal lineage applicants born before 1977. Rather, as set out in paragraph 5(2)(b), maternal lineage applicants in these circumstances must apply to the Minister to obtain Canadian citizenship. Here we see an application process not required for children relying on paternal lineage. This application process involves a number of steps to which paternal lineage claimants are not subjected. For example, paragraph 3(1)(c) and subsections 12(2) and (3) require an applicant relying on maternal lineage under paragraph 5(2)(b) to take an oath of citizenship:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

. . .

(c) the person has been granted or acquired citizenship pursuant to section 5 or 11 and, in the case of a person who is fourteen years of age or over on the day that he is granted citizenship, he has taken the oath of citizenship.

. . .

12. . . .

(2) Where an application under section 5 or 8 or subsection 11(1) is approved, the Minister shall issue a certificate of citizenship to the applicant.

(3) A certificate issued pursuant to this section does not take effect until the person to whom it is issued has complied with the requirements of this Act and the regulations respecting the oath of citizenship.

Subsection 12(3) also requires maternal lineage applicants to satisfy both the requirements of the *Citizenship Act* and the *Citizenship Regulations*. This means that applicants relying on paragraph 5(2)(b) are subject to subsection 20(1) of the *Citizenship Regulations* which confirms that those applicants must swear or affirm an oath of citizenship. Subsection 20(1) states:

20. (1) Subject to subsection 5(3) of the Act and section 22 of these Regulations, a person who is 14 years of age or over on the day that he has been granted citizenship under subsection 5(2), 5(4), or 10(1) of the Act shall take the oath of citizenship by swearing or affirming it.

Ainsi donc, ceux qui demandent la citoyenneté canadienne en vertu de leur filiation maternelle et qui, nés avant 1977, tombent dans le champ d'application de l'alinéa 5(2)(b) de la nouvelle Loi, n'ont pas droit à l'inscription d'office dont jouissent ceux qui sont également nés avant 1977 mais qui justifient de leur filiation paternelle. Ils sont au contraire tenus par l'alinéa 5(2)(b) d'en faire la demande au ministre. Le processus de demande, qui n'est pas exigé de ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, comporte certaines formalités auxquelles ceux-ci ne sont pas soumis. Par exemple, l'alinéa 3(1)(c) et les paragraphes 12(2) et (3) prévoient l'obligation de prêter le serment de citoyenneté pour ceux qui se réclament de leur filiation maternelle sous le régime de l'alinéa 5(2)(b):

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

d

. . .

c) ayant obtenu la citoyenneté—par attribution ou acquisition—sous le régime des articles 5 ou 11 et ayant, si elle était âgée d'au moins quatorze ans, prêté le serment de citoyenneté.

e

. . .

12. . . .

(2) Le ministre délivre un certificat de citoyenneté aux personnes dont la demande présentée au titre des articles 5 ou 8 ou du paragraphe 11(1) a été approuvée.

f

(3) Le certificat délivré en application du présent article ne prend effet qu'en tant que l'intéressé s'est conformé aux dispositions de la présente loi et aux règlements régissant la prestation du serment de citoyenneté.

g

Le paragraphe 12(3) fait aux demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle l'obligation de satisfaire aux conditions à la fois de la *Loi sur la citoyenneté* et du *Règlement sur la citoyenneté*. Ce qui signifie que les demandeurs qui invoquent l'alinéa 5(2)(b) sont soumis à l'application du paragraphe 20(1) du *Règlement sur la citoyenneté* qui confirme qu'ils sont tenus de prêter le serment de citoyenneté en jurant ou en faisant une déclaration solennelle. Le paragraphe 20(1) porte:

i

20. (1) Sous réserve du paragraphe 5(3) de la Loi et de l'article 22 du présent règlement, une personne qui a 14 ans révolus à la date à laquelle elle se voit accorder la citoyenneté en vertu du paragraphe 5(2), 5(4) ou 10(1) de la Loi doit prêter le serment de citoyenneté en jurant ou en faisant une déclaration solennelle.

j

Perhaps more significant than the oath requirements placed on maternal lineage applicants born prior to 1977, but not on paternal lineage claimants born before that date, are the conditions regarding national security and criminal record checks potentially leading to a denial of citizenship. Although the "security of the nation" provisions in sections 19 and 20 were not relied on in this case, I should point out that maternal lineage applicants, unlike paternal lineage claimants, are subject to a security check and may have their application for Canadian citizenship dismissed based on the findings. The relevant portions of those two sections provide:

19. ...

(2) Where the Minister is of the opinion that a person should not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship or be issued a certificate of renunciation under section 9 because there are reasonable grounds to believe that the person will engage in activity

- (a) that constitutes a threat to the security of Canada, or
- (b) that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence that may be punishable under any Act of Parliament by way of indictment,

the Minister may make a report to the Review Committee.

20. (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or administered the oath of citizenship or be issued a certificate of renunciation under section 9 where, after considering the report made by the Review Committee pursuant to subsection 19(6), the Governor in Council declares that there are reasonable grounds to believe that the person with respect to whom the report was made will engage in an activity described in paragraph 19(2)(a) or (b).

(2) Where a person is the subject of a declaration made under subsection (1), any application that has been made by that person under section 5 or 9 or subsection 11(1) is deemed to be not approved and any appeal made by him under subsection 14(5) is deemed to be dismissed.

While sections 19 and 20 did not come into play in this case, the prohibition based on an individual's criminal record under section 22 was applied to the appellant's application. Section 22 of the *Citizenship Act* precludes an individual from being granted Canadian citizenship under a variety of circumstances,

Peut-être plus importantes encore que l'obligation de prêter le serment de citoyenneté, imposée aux demandeurs de filiation maternelle mais non aux demandeurs de filiation paternelle, nés avant 1977, sont les conditions relatives à la sécurité nationale et au casier judiciaire, lesquelles pourraient aboutir au refus d'accorder la citoyenneté. Bien qu'il ne soit pas question en l'espèce des dispositions relatives à la «sécurité nationale» des articles 19 et 20, je dois faire remarquer qu'à l'opposé de ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, les demandeurs de filiation maternelle sont soumis à une enquête de sécurité et peuvent se voir refuser la citoyenneté canadienne en raison des résultats de cette enquête. Voici les dispositions applicables de ces deux articles:

19. ...

(2) Le ministre peut, en lui adressant un rapport à cet effet, saisir le comité de surveillance des cas où il est d'avis que l'intéressé devrait se voir refuser l'attribution de citoyenneté prévue à l'article 5 ou au paragraphe 11(1), ou la délivrance du certificat de répudiation prévu à l'article 9, ou encore la prestation du serment de citoyenneté, parce qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il se livrera à des activités qui:

- a) soit constituent des menaces envers la sécurité du Canada;
- b) soit font partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction punissable par voie de mise en accusation aux termes d'une loi fédérale.

20. (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le gouverneur en conseil peut empêcher l'attribution de la citoyenneté demandée au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1), la délivrance du certificat de répudiation visé à l'article 9 ou la prestation du serment de citoyenneté en déclarant, après avoir étudié le rapport du comité de surveillance visé au paragraphe 19(6), qu'il existe des motifs raisonnables de croire que la personne visée dans ce rapport se livrera à des activités mentionnées aux alinéas 19(2)a) ou b).

(2) Une telle déclaration vaut rejet de la demande en cause et de tout appel éventuellement interjeté en vertu du paragraphe 14(5).

Si les articles 19 et 20 n'ont pas application en l'espèce, l'interdiction à raison du casier judiciaire, que prévoit l'article 22, s'applique à la demande de l'appelant. L'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* exclut l'octroi de la citoyenneté canadienne dans un certain nombre de cas, dont le cas où le demandeur est en

including where the applicant is currently incarcerated, on parole, or on probation; where the applicant has been charged with or is on trial for an indictable offence; or, where an applicant has been convicted of an indictable offence during the three years preceding the individual's application or during the application process. Section 22 provides as follows:

22. (1) Notwithstanding anything in this Act, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship

(a) while the person is, pursuant to any enactment in force in Canada,

- (i) under a probation order,
- (ii) a paroled inmate, or
- (iii) confined in or is an inmate of any penitentiary, jail, reformatory or prison;

(b) while the person is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an offence under subsection 29(2) or (3) or to an indictable offence under any Act of Parliament;

(c) while the person is under investigation by the Minister of Justice, the Royal Canadian Mounted Police or the Canadian Security Intelligence Service for, or is charged with, on trial for, subject to or a party to an appeal relating to, an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the *Criminal Code*;

(d) if the person has been convicted of an offence in respect of an act or omission referred to in subsection 7(3.71) of the *Criminal Code*; or

(e) if the person requires but has not obtained the consent of the Minister of Employment and Immigration, under subsection 55(1) of the *Immigration Act*, to be admitted to and remain in Canada as a permanent resident.

(2) Notwithstanding anything in this Act, but subject to the *Criminal Records Act*, a person shall not be granted citizenship under section 5 or subsection 11(1) or take the oath of citizenship if,

(a) during the three year period immediately preceding the date of the person's application, or

(b) during the period between the date of the person's application and the date that the person would otherwise be granted citizenship or take the oath of citizenship,

the person has been convicted of an offence under subsection 29(2) or (3) or of an indictable offence under any Act of Parliament.

Once again, it must be noted that section 22 governs the applications of maternal lineage applicants born prior to 1977, but does not affect paternal lineage claimants born before that date. As a result, maternal lineage applicants are subject not only to a list of pro-

prison, en probation ou en libération conditionnelle, le cas où il est sous le coup d'une inculpation ou est en cours de jugement pour acte criminel, le cas où il a été déclaré coupable d'un acte criminel au cours des trois années qui précèdent sa demande ou pendant l'instruction de cette demande. Voici ce que porte l'article 22:

22. (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté:

a) pendant la période où, en application d'une disposition législative en vigueur au Canada:

- (i) il est sous le coup d'une ordonnance de probation,
- (ii) il bénéficie d'une libération conditionnelle,
- (iii) il est détenu dans un pénitencier, une prison ou une maison de correction;

b) tant qu'il est inculpé pour une infraction prévue aux paragraphes 29(2) ou (3) ou pour un acte criminel prévu par une loi fédérale, et ce jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

c) tant qu'il fait l'objet d'une enquête menée par le ministre de la Justice, la Gendarmerie royale du Canada ou le Service canadien du renseignement de sécurité, relativement à un fait visé au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel*, ou tant qu'il est inculpé pour une infraction relative à ce fait et ce, jusqu'à la date d'épuisement des voies de recours;

d) s'il a été déclaré coupable d'une infraction relative à un fait visé au paragraphe 7(3.71) du *Code criminel*;

e) s'il n'a pas obtenu l'autorisation du ministre de l'Emploi et de l'Immigration éventuellement exigée aux termes du paragraphe 55(1) de la *Loi sur l'immigration* pour être admis au Canada et y demeurer à titre de résident permanent.

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, mais sous réserve de la *Loi sur le casier judiciaire*, nul ne peut recevoir la citoyenneté au titre de l'article 5 ou du paragraphe 11(1) ni prêter le serment de citoyenneté s'il a été déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe 29(2) ou (3) ou d'un acte criminel prévu par une loi fédérale:

a) au cours des trois ans précédant la date de sa demande;

b) entre la date de sa demande et celle prévue pour l'attribution de la citoyenneté ou la prestation du serment.

Là encore, il y a lieu de noter que l'article 22 régit les demandes de personnes nées avant 1977 du mariage de leur mère canadienne, mais n'affecte pas les demandeurs de filiation paternelle nés à la même époque. Il s'ensuit que non seulement les demandeurs

cedural requirements not applicable to paternal lineage applicants, but maternal lineage applicants also face a potential denial of citizenship not faced by paternal lineage claimants. This is based on the principle, as explained by counsel for the Crown, that citizenship follows the father, not the mother, if they are married, a clearly sexist view by modern standards, although perhaps not widely recognized as such in days gone by.

As a result of the provisions set out above, it is immediately apparent that, for those born before 1977, there are now two separate citizenship schemes in place in Canada: one for those relying on maternal lineage and one for those relying on paternal lineage. Those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage encounter a more onerous process with more burdensome requirements and more serious implications than individuals relying on a paternal link.

The main issue for this Court is whether, on the facts of this case, these distinctions constitute discrimination contrary to subsection 15(1). Further, if it does, can that discrimination be justified under section 1 of the Charter? There is also a major issue that must be addressed before these, having to do with the retrospective/prospective application of the Charter.

### THE FACTS

The route followed by the appellant to have his claim for Canadian citizenship processed is long and circuitous. Many of the details are not directly relevant to a determination of the issues in this case, but they provide a helpful background for understanding the potential administrative hurdles faced by an individual claiming citizenship on the basis of maternal lineage.

Mark Donald Benner was born in the United States of America on August 29, 1962. At the time of his birth, his parents were married, with his mother holding Canadian citizenship and his father being an American citizen. Mr. Benner was separated from his parents during childhood, growing up in California. Having located his mother, who was then living in Toronto, Mr. Benner entered Canada on October 10, 1986. Pursuant to paragraph 27(2)(f) of the *Immigra-*

de filiation maternelle sont tenus à des conditions procédurales auxquelles ne sont pas soumis les demandeurs de filiation paternelle, mais ils risquent encore le refus d'octroi de citoyenneté, que ne connaissent pas ces derniers. Cet état de choses découle du principe, tel que l'explique l'avocat représentant la Couronne, que l'enfant du mariage hérite sa nationalité de son père et non de sa mère, principe éminemment sexiste au regard des normes modernes bien qu'il ne le parût peut-être pas par le passé.

Il ressort des dispositions susmentionnées que pour les personnes nées avant 1977, il y a maintenant au Canada deux régimes de citoyenneté distincts: l'un est réservé à ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, l'autre, à ceux qui se réclament de leur filiation maternelle. Ces derniers sont soumis à un processus plus rigoureux, avec des conditions plus difficiles et des implications plus graves que pour les premiers.

Il échet donc principalement d'examiner si, dans ce cas d'espèce, ces distinctions valent discrimination interdite par le paragraphe 15(1) et, dans l'affirmative, si cette discrimination peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte. Il y a aussi la question préalable, fort importante, de savoir si la Charte est d'application rétroactive ou non.

### LES FAITS DE LA CAUSE

C'est par des voies indirectes et compliquées que l'appelant a cherché à faire instruire sa demande de citoyenneté canadienne. Nombre de détails n'ont aucun rapport direct avec la solution de l'affaire, mais ils permettent de comprendre les obstacles administratifs auxquels pourrait se heurter quelqu'un qui se réclame de sa filiation maternelle pour demander la citoyenneté.

Mark Donald Benner est né le 29 août 1962 aux États-Unis. Au moment de sa naissance, ses père et mère étaient mariés l'un à l'autre, sa mère étant citoyenne canadienne et son père, citoyen des États-Unis. M. Benner fut séparé de ses parents pendant son enfance et il a grandi en Californie. Ayant retrouvé sa mère qui vivait à l'époque à Toronto, il est entré au Canada le 10 octobre 1986. Conformément à l'alinéa 27(2)f) de la *Loi sur l'immigration*

*tion Act* [S.C. 1976-77, c. 52], an inquiry into his status in Canada was commenced on July 9, 1987 but was interrupted by a claim for Canadian citizenship by Mr. Benner. The immigration inquiry was adjourned under section 43 (now section 41 [R.S.C., 1985, c. I-2]) of the *Immigration Act*.

Pursuant to paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, Mr. Benner applied for citizenship to the Court of Canadian Citizenship on September 24, 1987. Apparently, Mr. Benner did not pay the required fee, did not provide an original or certified copy of his mother's birth certificate, and failed to submit a photograph of himself as prescribed by the *Citizenship Regulations*. As a result, when the notification of adjournment of immigration inquiry to verify claim of citizenship was forwarded to the Citizenship Court by Employment and Immigration Canada on November 19, 1987, Mr. Benner did not appear on the Citizenship Registration Index. The Secretary of State subsequently extended the time period for Mr. Benner to complete his citizenship application. However, absent verification of Mr. Benner's citizenship, the immigration inquiry was resumed six months after its adjournment, as required by subsection 44(2) (now subsection 42(2)) of the *Immigration Act*. The Adjudicator issued a deportation order against Mr. Benner on January 27, 1988.

On October 27, 1988, Mr. Benner completed his application for Canadian citizenship by paying the stipulated fee and submitting the necessary documentation to the Citizenship Court. At the same time, Mr. Benner appealed to this Court to have the outstanding deportation order set aside. On November 3, 1988, Mr. Justice Mahoney [(1988), 93 N.R. 250 (F.C.A.)] set aside that order, clearing away any potential obstacles to allowing Mr. Benner to have his citizenship claim processed.

During the processing of Mr. Benner's citizenship application, a criminal clearance procedure for maternal lineage applicants, in accordance with sections 19, 20, and 22, revealed that the appellant had run afoul of the law on several occasions. It must be recalled that this criminal clearance procedure is not statutorily required for those registering on the basis

[S.C. 1976-77, ch. 52], une enquête sur son statut au Canada s'est ouverte le 9 juillet 1987, mais, en application de l'article 43 (l'article 41 actuel [L.R.C. (1985), ch. I-2]) de la *Loi sur l'immigration*, elle a été suspendue par suite d'une revendication de citoyenneté canadienne de la part de M. Benner.

M. Benner s'est adressé à la Cour de la citoyenneté canadienne le 24 septembre 1987, en application de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*. Il appert qu'il n'a pas versé les droits réglementaires, et n'a produit ni l'original ou une copie certifiée du certificat de naissance de sa mère ni sa propre photographie, autant de conditions prévues au *Règlement sur la citoyenneté*. Il s'ensuit que lorsque Emploi et Immigration Canada envoya le 19 novembre 1987 à la Cour de la citoyenneté l'avis d'ajournement de l'enquête de l'immigration pour vérification de la revendication de la citoyenneté canadienne, le nom de M. Benner n'apparaissait pas à l'index d'enregistrement de la citoyenneté. Par la suite, le secrétaire d'État a prorogé le délai de constitution du dossier pour que M. Benner pût compléter sa demande de citoyenneté. Cependant, la revendication de la citoyenneté ne pouvant être vérifiée, l'enquête de l'immigration a repris six mois après la suspension, conformément au paragraphe 44(2) (le paragraphe 42(2) actuel) de la *Loi sur l'immigration*. Le 27 janvier 1988, l'arbitre a rendu une ordonnance d'expulsion contre M. Benner.

Le 27 octobre 1988, M. Benner a parfait sa demande de citoyenneté en versant les droits réglementaires et produisant la documentation nécessaire à la Cour de la citoyenneté. Dans le même temps, il a interjeté appel devant cette Cour de la mesure d'expulsion qui était pendante. Le 3 novembre 1988, le juge Mahoney [(1988), 93 N.R. 250 (C.A.F.)] a annulé cette ordonnance, levant ainsi tous les obstacles qui pourraient s'opposer à l'instruction de la demande de citoyenneté de M. Benner.

Dans le cours de l'instruction de cette demande, les recherches sur le casier judiciaire, faites en application des articles 19, 20 et 22 à l'égard des demandeurs de filiation maternelle, révélèrent que l'appellant avait eu des démêlés avec la justice à plusieurs reprises. Il y a lieu de rappeler que la loi n'impose pas la vérification des antécédents judiciaires à

of paternal lineage. Between May and August 1989, the following information was brought to light concerning Mr. Benner's record:

- 1) Conviction of theft over \$1,000 (subsequently appealed and withdrawn by the Crown);
- 2) Outstanding charge for second degree murder;
- 3) Outstanding charge for obstructing justice and personation;
- 4) Four outstanding warrants for committal.

On August 31, 1989, the Registrar of Canadian Citizenship advised Mr. Benner that the file evidence appeared to prohibit his application by virtue of section 22 of the *Citizenship Act*. The Registrar indicated that the application would be held in abeyance for thirty days in order to permit Mr. Benner to demonstrate that he was not prohibited from being granted Canadian citizenship. Since no reply was received from Mr. Benner, on October 17, 1989, the Registrar informed him that his application for Canadian citizenship, under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act*, was rejected in accordance with section 22 of the Act. (Although in no way relevant to these proceedings, the Court was informed that Mr. Benner was convicted of manslaughter and is serving a sentence of three years, which will be completed in December, 1993. In addition, a removal order has also now been made against the appellant following his conviction.)

Mr. Benner appealed the Registrar's decision to the Trial Division, challenging the validity of the paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 and section 20 of the *Citizenship Regulations* dealing with the citizenship of children born outside of Canada to mothers who were, at the time of birth, Canadian citizens. His appeal was dismissed on July 9, 1991 and he has now appealed to this Court.

#### THE RETROSPECTIVITY/PROSPECTIVITY OF THE CHARTER

The Trial Judge was of the view that Mr. Benner was seeking retrospective application of section 15 of the Charter, and explained [at pages 787-789]:

l'égard de ceux qui se réclament de leur filiation paternelle. Entre mai et août 1989, les informations suivantes ont été révélées au sujet des antécédents de M. Benner:

- 1) Condamnation pour vol au-dessus de 1 000 \$ (verdict subseqüemment porté en appel et désistement de la Couronne);
- 2) Inculpation pendante de meurtre au deuxième degré;
- 3) Inculpation pendante d'entrave à la justice et de supposition de personne;
- 4) Quatre mandats de dépôt pendants.

Le 31 août 1989, le greffier de la citoyenneté canadienne informa M. Benner que les preuves versées au dossier interdisaient l'instruction de sa demande par application de l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, mais que cette demande serait gardée en suspens pendant 30 jours pour lui permettre de démontrer qu'il n'était pas inadmissible à la citoyenneté canadienne. M. Benner ne donnant pas de réponse, le greffier l'informa le 17 octobre 1989 que la demande de citoyenneté canadienne qu'il faisait sous le régime de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté* avait été rejetée conformément à l'article 22 de cette Loi. (Bien que cela n'ait aucun rapport avec l'instance, la Cour a été informée que M. Benner avait été par la suite déclaré coupable d'homicide involontaire et condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans, qui sera purgée en décembre 1993. En outre, une mesure de renvoi a été prise contre l'appelant à la suite de sa condamnation.)

M. Benner porta la décision du greffier en appel devant la Section de première instance, pour contester la validité des alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et de l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, ainsi que de l'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, relatifs à la nationalité des personnes nées à l'étranger de mères canadiennes. Son recours ayant été rejeté le 9 juillet 1991, il a interjeté appel devant la Cour.

#### LA CHARTE EST-ELLE RÉTROACTIVE OU PROSPECTIVE?

Le juge de première instance, estimant que M. Benner concluait à l'application rétroactive de l'article 15 de la Charte, s'est prononcé en ces termes [aux pages 787 à 789]:

I am not convinced that the Charter is applicable here.

In essence, the applicant is asking this Court to consider whether the preferential treatment accorded to individuals born outside Canada between January 1, 1946 and February 15, 1977 to Canadian mothers (in wedlock) goes far enough to comply with rights currently recognized by the Charter. There is no question that the extension of the entitlement to claim citizenship through parental heritage since the effective date of the 1977 *Citizenship Act* is not contrary to the Charter. What is at issue, however, is the extent of the rights granted retroactively to those individuals not covered by the repealed 1947 *Citizenship Act* which was effective until February 15, 1977.

The Charter is clearly not intended to apply retrospectively and subsection 15(1) particularly was not intended to have effect until April 17, 1985 . . . Although I could agree that a continuing discriminatory practice under section 15 would generally not involve a retrospective application of the Charter, on these facts, a continuing discriminatory practice does not exist. In fact, the allegedly discriminatory practice was clearly rectified effective February 14, 1977.

This application should, therefore, be dismissed.

It appears from this passage that the Trial Judge understood the appellant to be challenging the treatment of the maternal lineage applicants prior to 1977, which would have required retrospective application of section 15 of the Charter. With respect, however, that is not the claim raised by the appellant in this case. Rather, the appellant maintains that the 1977 *Citizenship Act* is currently discriminatory and that the Act had a discriminatory effect on him on October 17, 1989, when he was denied Canadian citizenship. The Trial Judge did not consider this argument; rather, he simply assumed that the 1977 *Citizenship Act* is not discriminatory. Indeed, the Trial Judge stated that, as of February 15, 1977, the new Act rectified what he referred to as the "allegedly discriminatory practice" under the previous Act.

Regardless of whether the Trial Judge is correct on this point, his focus on the old Act is misplaced. The appellant did not apply for citizenship under the 1947 Act and did not allege that he was treated discriminatorily under that Act. If that were the case, it is likely that the argument about retroactivity would have

Je ne suis pas convaincu que la Charte s'applique en l'espèce.

Essentiellement, le requérant demande à cette Cour de déterminer si le traitement préférentiel accordé aux personnes nées à l'étranger entre le 1<sup>er</sup> janvier 1946 et le 15 février 1977 du mariage de leur mère canadienne va suffisamment loin pour respecter les droits actuellement reconnus par la Charte. Il ne fait aucun doute que l'extension du droit d'un individu depuis la date d'entrée en vigueur de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, de réclamer la citoyenneté canadienne en raison de ses antécédents parentaux n'est pas contraire à la Charte. Ce qui est contesté, toutefois, c'est l'étendue des droits accordés rétroactivement aux personnes non visées par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, abrogée, qui s'appliquait jusqu'au 15 février 1977.

Il est clair que la Charte n'est pas censée s'appliquer rétroactivement et que le paragraphe 15(1) en particulier ne devait pas avoir effet avant le 17 avril 1985 . . . Bien que je puisse convenir qu'une pratique discriminatoire continue visée à l'article 15 n'impliquerait généralement pas l'application rétrospective de la Charte, selon les faits de l'espèce, il n'y a pas pratique discriminatoire continue. De fait, la pratique discriminatoire alléguée a clairement été rectifiée à partir du 14 février 1977.

La demande devrait par conséquent être rejetée.

Il ressort du passage ci-dessus que selon le juge de première instance, l'appellant attaque le traitement réservé aux personnes qui revendiquaient la citoyenneté canadienne en se réclamant de leur filiation maternelle avant 1977, et son attaque présuppose l'application rétroactive de l'article 15 de la Charte. Telle n'est cependant pas la conclusion de l'appellant en l'espèce. Au contraire, il soutient que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 est actuellement discriminatoire et qu'elle avait un effet discriminatoire à son égard le 17 octobre 1989, le jour où il s'est vu refuser la citoyenneté canadienne. Le juge de première instance n'a pas considéré cet argument, mais s'est contenté de présumer que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 n'est pas discriminatoire. En fait, il a conclu qu'à la date du 15 février 1977, la nouvelle Loi a remédié à ce qu'il appelait la «pratique discriminatoire alléguée» sous le régime de l'ancienne Loi.

Que le juge de première instance ait raison ou non sur ce point, il n'aurait pas dû focaliser son attention sur l'ancienne Loi. L'appellant ne demandait pas la citoyenneté en application de la Loi de 1947, ni ne prétendait qu'il faisait l'objet d'un traitement discriminatoire sous son régime. Cela eût-il été le cas, il est

been conceded. On the contrary, the appellant's claim is based exclusively on the treatment he received in 1989 under the current *Citizenship Act*. It is this treatment and the status of the 1977 Act that is the subject of this appeal, not the 1947 Act.

The Supreme Court has now addressed the issues of retrospectivity and retroactivity of the Charter on a number of occasions. Before turning to the jurisprudence, though, it may be helpful to distinguish these two concepts. The classic description of the differences between retroactivity and retrospectivity was set out in Driedger, "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pages 268-269:

A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event.

When reading this helpful description, it must be remembered that Professor Driedger was referring to statutes and not to the Constitution. The issue of retrospectivity is more complicated in a Charter setting because the law, and not just the facts, is subject to the Charter.

The Supreme Court has made it clear that, in appropriate circumstances, the Charter does apply in a manner that may be described as retrospective, although that is not really the case. This is so particularly where there is continuing discrimination or an ongoing discriminatory effect. In *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595, at pages 625-627, Madam Justice Wilson made the following comments about the retrospective application of the Charter:

Under both the majority and the minority formulation in *Stevens* the crucial question becomes: what is the event which is alleged to be in contravention of the *Charter*?

probable que l'argument de rétroactivité eût été accueilli. Au contraire, les conclusions de l'appelant sont exclusivement fondées sur le traitement dont il faisait l'objet en 1989 sous le régime de l'actuelle *Loi sur la citoyenneté*. C'est ce traitement et le statut de la Loi de 1977 qui sont visés dans cet appel, non pas la Loi de 1947.

La Cour suprême s'est prononcée à diverses reprises sur la question de l'application rétrospective ou rétroactive de la Charte. Mais avant d'évoquer la jurisprudence, il serait utile de bien distinguer ces deux concepts. La distinction classique entre rétroactivité et application rétrospective est expliquée dans l'article de Driedger, «Statutes: Retroactive Retrospective Reflections» (1978), 56 *R. du B. Can.* 264, aux pages 268 et 269:

[TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi dont l'application s'étend à une époque antérieure à son adoption. Une loi rétrospective ne dispose qu'à l'égard de l'avenir. Elle vise l'avenir, mais elle impose de nouvelles conséquences à l'égard d'événements passés. Une loi rétroactive *agit à l'égard du passé*. Une loi rétrospective *agit pour l'avenir*, mais elle jette aussi un regard vers le passé en ce sens qu'elle attache de nouvelles conséquences à l'*avenir* à l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi. Une loi rétroactive modifie la loi par rapport à ce qu'elle était; une loi rétrospective rend la loi différente de ce qu'elle serait autrement à l'égard d'un événement antérieur.

Il ne faut pas oublier à la lecture de cette utile explication que le professeur Driedger parlait des lois et non de la Constitution. La question de l'effet rétrospectif est plus compliqué lorsqu'il s'agit de la Charte, parce que ce sont les lois elles-mêmes, et non seulement les faits, qui lui sont subordonnées.

La Cour suprême a conclu catégoriquement que, le cas échéant, la Charte s'applique effectivement d'une manière qu'on peut qualifier de rétrospective, bien que ce ne soit pas réellement le cas. Il en est ainsi en particulier s'il y a discrimination continue ou effet discriminatoire continu. Dans *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, aux pages 625 à 627, Madame le juge Wilson a fait cette observation au sujet de l'application rétrospective de la Charte:

Selon la formulation tant des juges formant la majorité que de ceux formant la minorité dans l'arrêt *Stevens*, la question cruciale devient: quel est l'événement qui serait contraire à la *Charte*? À quel moment l'événement qui porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne se produit-il?



In approaching this crucial question it seems to me preferable for the courts to avoid an all or nothing approach which artificially divides the chronology of events into the mutually exclusive categories of pre and post-*Charter*. Frequently an alleged current violation will have to be placed in the context of its pre-*Charter* history in order to be fully appreciated.

*Charter* standards cannot be applied to events occurring before its proclamation but it would be folly, in my view, to exclude from the Court's consideration crucial pre-*Charter* history.

A constitutional remedy to be fully appropriate and just may have to take into account pre-*Charter* events.

Another crucial consideration will be the nature of the particular constitutional right alleged to be violated. I would agree with the statement of Borins Co. Ct. J. in *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, at p. 29:

Indeed, it may be that the Constitution defies strict doctrinal characterization as either exclusively retroactive, retrospective or prospective legislation for, as I suggested in the preceding paragraph, different facts may produce different interpretations. The operation of the Constitution in different cases will no doubt involve quite different considerations.

Such an approach seems to me to be consistent with our general purposive approach to the interpretation of constitutional rights. Different rights and freedoms, depending on their purpose and the interests they are meant to protect, will crystallize and protect the individual at different times. Our previous decisions on the retrospective application of the *Charter* are consistent with an approach which pays attention to differences in the purposes of the relevant rights and freedoms. For example, procedural rights will crystallize at the time of the process: *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. Rights against unreasonable searches and seizures will crystallize at the time of the search and seizure: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669. Substantive guarantees that the accused receive the benefit of his or her subjective mistake of fact crystallize at the time the offence was committed: *R. v. Stevens, supra*. The right against the introduction of self-incriminating evidence is sought to be introduced in a proceeding even although the testimony was originally provided well before the *Charter* came into force: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

Wilson J. continued at page 628 to address section 15 in particular:

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although

En abordant cette question, il me semble préférable que les tribunaux évitent d'adopter l'approche tout ou rien qui divise artificiellement la chronologie des événements dans les catégories mutuellement exclusives d'avant et d'après la *Charte*. Pour l'évaluer pleinement, il faut souvent replacer une prétendue violation actuelle de la *Charte* dans le contexte des événements qui lui ont donné naissance avant la *Charte*.

Les normes de la *Charte* ne peuvent s'appliquer à des événements qui se sont produits avant sa proclamation, mais ce serait folie, à mon avis, de soustraire à l'examen du tribunal des événements cruciaux antérieurs à la *Charte*.

Il se peut qu'une réparation fondée sur la Constitution, pour être vraiment convenable et juste, doive tenir compte d'événements antérieurs à la *Charte*.

Une autre considération cruciale est la nature du droit constitutionnel particulier qui serait violé. Je suis d'accord avec l'affirmation du juge Borins de la Cour de comté, dans la décision *R. v. Dickson and Corman* (1982), 3 C.C.C. (3d) 23, à la p. 29:

[TRADUCTION] En vérité, il se peut que la Constitution défie toute qualification doctrinale stricte comme étant une loi exclusivement rétroactive, rétrospective ou prospective car, comme je l'ai laissé entendre dans le paragraphe précédent, des faits différents peuvent engendrer des interprétations différentes. La façon dont la Constitution s'applique dans différentes affaires fera sans aucun doute entrer en ligne de compte des considérations fort différentes.

Ce point de vue me semble conforme à la façon générale d'interpréter les droits constitutionnels, qui consiste à examiner l'objet visé. Des droits et des libertés différents, selon leur objet et les intérêts qu'ils visent à protéger, se cristalliseront et protégeront l'individu à différents moments. Nos décisions antérieures sur l'application rétroactive de la *Charte* sont compatibles avec un point de vue qui tient compte des différences d'objet des droits et libertés applicables. Par exemple, les droits en matière de procédure se cristallisent au moment où la procédure se déroule: *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181. Les droits à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives se cristallisent au moment de la fouille, de la perquisition ou de la saisie en question: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669. Les garanties, sur le plan du fond, que l'inculpé profite de son erreur de fait subjective se cristallise au moment où l'infraction est commise: *R. c. Stevens*, précité. Le droit à la protection contre l'utilisation d'un témoignage auto-incriminant se cristallise au moment où l'on cherche à utiliser ce témoignage dans une instance même si, à l'origine, il a été donné bien avant l'entrée en vigueur de la *Charte*: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Et, en page 628, cette conclusion au sujet de l'article 15 en particulier:

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués

such application will of necessity take cognizance of pre-Charter events. Those Charter rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against an ongoing condition or state of affairs. Pre-trial delay under s. 11(b) is a good example . . . Section 15 may also fall into this category. Morden J.A. recognized in *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.) that there was such a thing as a continuing discriminatory practice under s. 15 of the Charter.

Thus, before we even get to the issue of whether this case involves an “ongoing condition or state of affairs”, we must determine whether the relevant events would even involve the retrospective operation of section 15 of the Charter. Is the appellant actually seeking retrospective application of the Charter or is he merely seeking an application of the Charter that involves “cognizance of pre-Charter events”? To answer this question, we must identify the relevant event and then determine, on the facts of this case, when the appellant’s section 15 right to equality crystallized.

The determination of when a right crystallizes was considered in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, where the Crown introduced into a proceeding subsequent to the coming into force of the Charter, testimony given in a proceeding prior to the coming into force of the Charter. In discussing whether the right in section 13 of the Charter not to have previous testimony used against someone applied to Mr. Dubois’ case, Lamer J. (as he then was) stated at pages 359-360:

The fact of having given previous testimony is no more than a requisite for the operation of s. 13. To quote Martin J.A. in *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 at pp. 102-03:

An enactment does not, however, operate retrospectively because a part of the requisites for its operation is drawn from a time antecedent to its coming into force, nor because it takes into account past events: . . .

As section 13 guarantees the right of a person against self-incrimination, rather than the rights of a witness giving testimony, it inures to an individual only at the moment an attempt is made to use previous testimony to incriminate its author. Since in this case the attempt to use Dubois’ previous testi-

actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d’événements antérieurs à la Charte. Les droits garantis par la Charte qui ont pour objet d’interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours. La question du délai avant le procès, aux termes de l’al. 11b), en est un bon exemple . . . L’article 15 peut aussi relever de cette catégorie. Le juge Morden a reconnu, dans l’arrêt *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), qu’une pratique discriminatoire continue, cela existe et relève de l’art. 15 de la Charte.

Donc, avant d’examiner si la cause en instance concerne «des conditions ou une situation en cours», il nous faut examiner si les événements dont s’agit appellent l’application rétroactive de l’article 15 de la Charte. L’appelant conclut-il réellement à l’application rétroactive de la Charte ou seulement à une application qui tiennent compte des «événements antérieurs à la Charte»? Pour répondre à cette question, il nous faut identifier l’événement pertinent puis décider, eu égard aux faits de la cause, à quel moment le droit à l’égalité de l’appelant, que lui garantit l’article 15, s’est cristallisé.

La question de savoir à quel moment un droit se cristallise a été examinée dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, affaire dans laquelle la Couronne a produit, dans une instance postérieure à la date d’entrée en vigueur de la Charte, un témoignage donné au cours d’une procédure antérieure à cette date. Examinant si le droit, que garantit l’article 13 de la Charte, d’être protégé contre les témoignages incriminants antérieurs n’a pas été violé dans le cas de M. Dubois, le juge Lamer (tel était son titre à l’époque), s’est prononcé en ces termes en pages 359 et 360:

L’existence d’un témoignage antérieur n’est rien de plus qu’une condition requise pour l’application de l’art. 13. Pour citer le juge Martin dans l’arrêt *R. v. Antoine* (1983), 5 C.C.C. (3d) 97 aux pp. 102 et 103:

[TRADUCTION] Toutefois, une disposition législative ne s’applique pas rétroactivement parce qu’une partie des conditions requises pour son application est tirée d’une période précédant son entrée en vigueur ni parce qu’elle tient compte d’événements passés: . . .

Comme l’article 13 garantit le droit d’une personne contre l’auto-incrimination, plutôt que les droits d’un témoin qui dépose, il ne s’applique à un individu qu’au moment où l’on tente d’utiliser un témoignage antérieur pour incriminer son auteur. Étant donné qu’en l’espèce on a tenté d’utiliser le

mony occurred after the coming into force of the *Charter*, there arises no issue of retrospectivity.

In other words, whether the Charter is being applied retrospectively depends upon what is determined to be the relevant event and whether that event occurred prior to the coming into force of the Charter.

In this case, the respondent argues that the birth of the appellant is the relevant date since that is the date that Mr. Benner's citizenship was originally determined. The appellant, however, contends that the date on which his citizenship application was denied is the relevant date. It is true that the appellant's citizenship was originally determined on the date on which the appellant was born, August 29, 1962. However, the appellant is not seeking to have his citizenship changed retroactive to August 29, 1962. The 1977 *Citizenship Act* does not provide for a retroactive change to an individual's citizenship and the appellant does not challenge that. Nor does he contest his citizenship on that date; he accepts that he was then, and remains today, an American citizen. Instead, the appellant applied on October 17, 1989 to obtain Canadian citizenship. The fact that Mr. Benner was not a Canadian citizen prior to 1989 is indirectly relevant to his application for citizenship in 1989 in so far as it explains why he was applying. The status of his citizenship prior to 1989 has no more relevance than that, however, since the appellant is not contending that he was unjustly denied citizenship at any time prior to 1989. Accordingly, while the Court may be cognizant of the appellant's citizenship at birth, that fact is not the relevant event for the purpose of determining whether the Charter is being applied retrospectively. The relevant event must, instead, be the rejection of Mr. Benner's citizenship application on October 17, 1989. That is when he claims his right to equality was violated and that is when his right to equality crystallized. I am in agreement with this. Applying the Charter to that event, therefore, does not entail the retrospective operation of the Charter.

Just as the event in question does not attract retrospective application of the Charter, so too, applying the Charter to the relevant law does not involve retrospective application of the Charter. The current *Citizenship Act* came into force on February 15, 1977, was in force in 1985 when section 15 of the Charter came into effect, and remains in force. The 1977 *Citi-*

témoignage antérieur de Dubois après l'entrée en vigueur de la *Charte*, la question de la rétroactivité ne se pose pas.

En d'autres termes, que la Charte s'applique rétroactivement ou non, cela dépend du fait en cause et de la question de savoir si ce fait s'est produit avant son entrée en vigueur.

En l'espèce, l'intimé soutient que la date de naissance de l'appelant est la date déterminante, puisque c'est à cette date que M. Benner acquit sa nationalité d'origine. L'appelant soutient de son côté que la date du rejet de sa demande de citoyenneté est celle qui compte. Certes la nationalité d'origine de l'appelant fut déterminée à sa naissance, le 29 août 1962, mais il ne revendique pas la citoyenneté rétroactivement à cette date. La *Loi sur la citoyenneté* de 1977 ne prévoit pas le changement rétroactif de citoyenneté, ce que ne conteste pas l'appelant. Il ne conteste pas non plus sa citoyenneté à cette date; il reconnaît qu'il était alors, et demeure aujourd'hui, citoyen américain. Ce qu'il a fait, c'était de demander, le 17 octobre 1989, la citoyenneté canadienne. Le fait que M. Benner n'était pas citoyen canadien avant 1989 a un rapport indirect avec sa demande de citoyenneté faite en 1989, dans la mesure où il explique pourquoi il a fait cette demande. C'est là la seule signification de sa nationalité d'avant 1989, puisqu'il ne dit pas qu'il s'est vu injustement refuser la citoyenneté canadienne à quelque moment que ce fût avant 1989. Donc, si la Cour peut bien prendre acte de la nationalité de l'appelant à sa naissance, il ne s'agit pas là d'un facteur à prendre en considération pour examiner si la Charte s'applique rétroactivement. L'événement déterminant doit être au contraire le rejet, le 17 octobre 1989, de la demande de citoyenneté de M. Benner. C'est à ce moment-là que son droit à l'égalité s'est cristallisé et aurait été, à ses dires, violé. J'en conviens. En conséquence, appliquer la Charte à cet événement ne signifierait pas qu'elle rétroagit.

De même que l'événement en question n'implique pas application rétroactive de la Charte, de même appliquer la Charte aux règles de droit en cause ne signifie pas qu'elle rétroagit. L'actuelle *Loi sur la citoyenneté* est entrée en vigueur le 15 février 1977; elle s'appliquait en 1985 au moment de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte, et elle s'applique

*zenship Act* is, therefore, subject to Charter scrutiny today. It is this Act—specifically paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 as well as section 20 of the *Citizenship Regulations*—that the appellant now challenges. Assessing the validity of the provisions of an existing statute—the *Citizenship Act*—does not involve retrospective application of section 15 of the Charter. This is especially true where, as I have indicated is the case here, the validity of the legislation is called into question as a result of treatment under that statute after the coming into force of section 15 on April 17, 1985. This case, therefore, is not a case of retrospective operation of the Charter. Accordingly, the Charter issues must be addressed in this case.

#### SUBSECTION 15(1)

The appellant relies on subsection 15(1) of the Charter to challenge the validity of paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 of the 1977 *Citizenship Act* and section 20 of the *Citizenship Regulations*. Subsection 15(1) of the Charter provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The proper approach to this subsection was summarized by Chief Justice Lamer in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in “discrimination”. This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant’s s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits with the overall purpose of s. 15—namely, to remedy or prevent dis-

à l’heure actuelle. Elle se prête donc en l’espèce à l’analyse au regard de la Charte. C’est cette Loi—plus précisément ses alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et son article 22 ainsi que l’article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*—que l’appelant conteste. Juger la validité des dispositions d’une loi en vigueur—savoir la *Loi sur la citoyenneté*—ne signifie pas application rétroactive de l’article 15 de la Charte. Cela est d’autant plus vrai dans les cas où, comme en l’espèce, la validité de la loi est remise en question par quelqu’un qui se plaint du traitement dont il fait l’objet sous son régime après l’entrée en vigueur de l’article 15, le 17 avril 1985. Il ne s’agit donc pas d’une application rétroactive de la Charte. En conséquence, les questions soulevées au regard de ce texte doivent être examinées en l’espèce.

#### LE PARAGRAPHE 15(1)

L’appelant se fonde sur le paragraphe 15(1) de la Charte pour contester la validité des alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et de l’article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 ainsi que de l’article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*. Le paragraphe 15(1) de la Charte porte ce qui suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L’application correcte de ce paragraphe a été résumée en ces termes par le juge en chef Lamer dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la page 992:

La cour doit d’abord déterminer si le plaignant a démontré que l’un des quatre droits fondamentaux à l’égalité a été violé (i.e. l’égalité devant la loi, l’égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d’autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres. De plus, pour déterminer s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s’assurer que la plainte correspond à l’objectif

crimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

The first issue under section 15 is whether a distinction has been drawn, directly or indirectly, which violates one of the four equality rights. As the legislation described above shows, there has long been differential treatment of citizenship on the basis of maternal lineage rather than paternal lineage. That differential treatment was eliminated as to the future under the 1977 *Citizenship Act*. Nevertheless, that Act, despite its admirable objective of reducing distinctions, establishes a new regime for those born prior to 1977 which continues to distinguish between individuals relying on paternal lineage and those basing their claim on maternal lineage. The procedural requirements for those claiming Canadian citizenship based on maternal lineage are more onerous than the minimal requirements faced by individuals relying on a paternal link. Unlike people founding their claim on paternal lineage, individuals basing their claim for citizenship on maternal lineage risk being denied Canadian citizenship altogether. The *Citizenship Act*, therefore, draws a distinction which denies equality under the law and equal benefit of the law to maternal lineage applicants.

Not every legislative distinction, of course, will violate subsection 15(1); it is only those distinctions that are discriminatory that will be found to contravene that subsection. In order to determine whether a distinction is discriminatory a court must first determine whether the claim fits within the ambit of section 15 by determining whether the relevant distinction is drawn on an enumerated or analogous ground of discrimination.

Counsel for the appellant relied on sex as the relevant ground of discrimination. Sex is among the prohibited grounds of discrimination enumerated in subsection 15(1). It is now accepted that women have been historically, socially, politically and legally disadvantaged in our society. Although numerically women are in the majority in Canada, they are in most other respects a "discrete and insular minority", enduring direct and indirect prejudice and stereotyping. In many different areas of the law, women have, in the past, been assigned an inferior legal status to

général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

<sup>a</sup> La première question à examiner au regard de l'article 15 est de savoir s'il y a eu distinction, intentionnelle ou non, qui porte atteinte à l'un des quatre droits à l'égalité. Il ressort de la législation en cause qu'il y a eu pendant longtemps une différence de traitement en matière de citoyenneté, entre la filiation maternelle et la filiation paternelle. Cette différence de traitement a été éliminée pour l'avenir par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977. Il se trouve néanmoins que cette Loi, malgré son objectif admirable qui est de réduire les distinctions, établit, à l'égard des personnes nées avant 1977, un nouveau régime qui continue à distinguer entre ceux qui se réclament de leur filiation paternelle et ceux qui se réclament de leur filiation maternelle. Les conditions de procédure exigées de ces derniers sont plus difficiles que les conditions minimum exigées des premiers, à l'opposé desquels ils risquent de se voir refuser la citoyenneté canadienne. La *Loi sur la citoyenneté* fait donc une distinction qui prive les demandeurs de filiation maternelle de l'égalité dans la loi et du même bénéfice de la loi.

<sup>f</sup> Bien entendu, toutes les distinctions faites par la loi ne vont pas à l'encontre du paragraphe 15(1); seules les distinctions discriminatoires seront jugées contraires à cette disposition. Pour examiner si une distinction est discriminatoire, il faut vérifier en premier lieu si la contestation tombe dans le champ d'application de l'article 15 du fait que la distinction tient à l'un des motifs énumérés ou à un motif analogue.

<sup>h</sup> L'avocat de l'appelant soutient qu'il y a en l'espèce discrimination sexuelle. Le sexe est l'un des motifs de distinction interdits par le paragraphe 15(1). Il est maintenant reconnu que les femmes ont été traditionnellement désavantagées sur le plan social, politique et juridique dans notre société. Bien qu'elles soient numériquement majoritaires au Canada, elles forment à tous les autres égards une «minorité discrète et isolée», victime de préjugés et de stéréotypes, directs et indirects. Dans nombre de domaines juridiques, elles se sont vu assigner, par le

men. Women were at one time denied standing to sue in tort and contract; they were denied the right to vote; they were denied the legal capacity to be senators; and, until 1977, they were denied the legal right to pass on their citizenship to their children, if married and if the child was born outside of Canada. As we have seen, the right of women to pass on their citizenship to their children born outside of Canada has now been included in the *Citizenship Act* of 1977. However, that Act continues to differentiate between the treatment accorded to children born outside of Canada prior to 1977 depending on the gender of the parent.

In the Court below, the Trial Judge concluded that the *Citizenship Act* does not discriminate on the basis of sex [at pages 794-795]:

Therefore, although a "distinction" exists between the group of individuals previously entitled to preferential citizenship status before February 14, 1977 and those who were conferred a more limited right to preferred citizenship if born before the effective date of the new legislation, this distinction is not based upon the personal characteristics of the individuals. Rather, it is based on their merits and capacities and, in any event, it cannot be said that it is based on irrelevant personal differences.

The applicant and all others subject to paragraph 5(2)(b) are treated equally be they male, female, married or unmarried. The only distinction that they share is that they were born prior to February 14, 1977 and that they were not granted a preferred status under the previous citizenship legislation.

This description, though, omits the fact that the appellant and all others subject to paragraph 5(2)(b) are relying on maternal lineage as a basis for claiming Canadian citizenship. Individuals basing a claim for Canadian citizenship on paternal lineage are covered by paragraph 3(1)(e) and are not subject to paragraph 5(2)(b) and the additional requirements attaching to that paragraph. By omitting this key fact, the Trial Judge fails to recognize that the sex of the appellant's parent is a determining criteria distinguishing the appellant and all others subject to paragraph 5(2)(b) from other claimants.

The Trial Judge's description does highlight the fact that, while the *Citizenship Act* differentiates in its

passé, un statut inférieur à celui des hommes. Elles n'étaient jadis pas habiles à agir en justice en matière délictuelle ou contractuelle, n'avaient pas droit de vote, n'étaient pas admissibles à devenir sénateurs et, jusqu'en 1977, n'étaient pas habilitées par la loi à transmettre leur nationalité à leurs enfants, dans le cas de la femme mariée à un étranger et donnant naissance à son enfant à l'étranger. Comme nous l'avons vu, la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 prévoit maintenant le droit pour elles de transmettre leur nationalité à leurs enfants nés à l'étranger. Cette Loi maintient cependant la différence de traitement à l'égard des enfants nés à l'étranger avant 1977, selon qu'ils étaient nés de père canadien ou de mère canadienne.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que la *Loi sur la citoyenneté* n'opère pas discrimination sexuelle [aux pages 794 et 795]:

Par conséquent, bien qu'il existe une «distinction» entre le groupe de personnes qui avaient auparavant droit d'obtenir la citoyenneté de façon préférentielle avant le 14 février 1977 et ceux à qui on a conféré un droit préférentiel plus restreint à la citoyenneté s'ils sont nés avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, cette distinction n'est pas fondée sur les caractéristiques personnelles des individus concernés. Elle tient plutôt à leurs mérites et à leurs capacités et, en tout état de cause, on ne saurait dire qu'elle s'appuie sur des distinctions personnelles non pertinentes.

Le requérant aussi bien que toutes les autres personnes visées par l'alinéa 5(2)(b) sont traitées de façon égale, qu'elles soient du sexe masculin ou féminin, mariées ou célibataires. La seule caractéristique qu'elles ont en commun, c'est qu'elles sont nées avant le 14 février 1977 et qu'on ne leur avait pas accordé un statut préférentiel sous le régime de la loi sur la citoyenneté antérieure.

Il se trouve cependant que cette analyse passe sous silence le fait que l'appelant et tous ceux qui sont soumis à l'alinéa 5(2)(b) se réclament de leur filiation maternelle pour revendiquer la citoyenneté canadienne. Ceux qui le font en se réclamant de leur filiation paternelle sont régis par l'alinéa 3(1)(e), et ne sont pas soumis à l'alinéa 5(2)(b) ni aux conditions supplémentaires qu'il prévoit. En omettant ce fait crucial, le juge de première instance ne reconnaît pas que le sexe de la mère de l'appelant est un facteur déterminant qui distingue ce dernier et tous ceux qui sont soumis à l'alinéa 5(2)(b) d'une part, et les autres demandeurs, d'autre part.

Il est vrai que l'analyse faite par le juge de première instance met en relief le fait que si la *Loi sur la*

treatment of claimants based on the sex of the claimant's parent, it does not draw a distinction based on the sex of the claimant. Indeed, in the case before us the individual claiming citizenship is male, while the basis for the claim of discrimination is that the Act treats women adversely by restricting or preventing them from passing on their citizenship to their children. The question, then, is whether Mr. Benner can properly assert that the *Citizenship Act* discriminates, on the basis of sex, against women whose children are claiming citizenship, in a manner that directly affects him.

It has recently been opined by this Court that a woman whose child was denied Canadian citizenship pursuant to section 22 of the *Citizenship Act* could possibly challenge that section. In *Glynos v. Canada*, [1992] 3 F.C. 691 (C.A.), at page 701, Mr. Justice Décary observed that a woman whose child was denied citizenship under paragraph 5(2)(b) of the *Citizenship Act* "has an interest as a Canadian woman and mother in knowing whether her son can be declared a citizen by birth and in being part of a proceeding seeking a declaration to that effect." It must be acknowledged, though, that where a woman has an interest in a determination of the citizenship of her child, it will be the child who is most directly affected by the additional requirements and potential denial of citizenship resulting from the provisions dealing with maternal lineage applicants. In this situation, the discrimination against the mother is unfairly visited upon the child. This is surely as unjust as if the discrimination were aimed at the child directly. I should emphasize that this is not a case where one individual is attempting to assert the Charter rights of another. This case is brought by an individual claiming to be personally discriminated against as a result of their association with a member of a group—women—subject to discrimination.

While being discriminated against as a result of one's association with someone who is subject to discrimination is not precisely the same as enduring the prejudice and stereotyping directly, it is no more tolerable. It is worthy to note that this view has been

*citoyenneté* prévoit un traitement différent pour les demandeurs selon qu'ils se réclament de leur filiation paternelle ou de leur filiation maternelle, elle ne fait pas une distinction fondée sur leur sexe. En effet, le demandeur de citoyenneté en l'espèce est de sexe masculin, alors que sa plainte de discrimination est que la Loi en cause réserve aux femmes un traitement défavorable en restreignant ou déniaient leur droit de transmettre leur nationalité à leurs enfants. La question se pose donc de savoir si M. Benner peut affirmer à juste titre que la *Loi sur la citoyenneté* opère discrimination sexuelle contre les femmes dont les enfants revendiquent la citoyenneté, d'une manière qui l'affecte indirectement.

Cette Cour a récemment jugé qu'une femme dont l'enfant s'est vu refuser la citoyenneté canadienne par application de l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* pourrait contester cette disposition. Dans *Glynos c. Canada*, [1992] 3 C.F. 691 (C.A.), à la page 701, le juge Décary a conclu qu'une femme dont l'enfant s'est vu refuser la citoyenneté par application de l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*, a «un intérêt, à titre de femme et de mère canadienne, à savoir si son fils peut être déclaré citoyen de naissance et à prendre part à une procédure visant l'obtention d'un jugement déclaratoire à cet effet». Il y a cependant lieu de noter que si une femme a un intérêt dans la détermination de la nationalité de son enfant, c'est l'enfant lui-même qui est le plus directement affecté par le surcroît de conditions et un refus possible de citoyenneté découlant des dispositions relatives aux demandeurs de filiation maternelle. Dans ce cas, la discrimination contre la mère est injustement portée sur l'enfant. Pareille discrimination est certainement aussi injuste que si elle vise l'enfant directement. Je dois rappeler qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où un individu essaie de faire valoir les droits garantis par la Charte pour quelqu'un d'autre. Cette action a été intentée par un individu qui se dit personnellement victime de discrimination par suite de son association avec un membre d'un groupe—celui des femmes—victime de discrimination.

Si le fait d'être victime de discrimination par association n'est pas la même chose que le fait de souffrir directement des préjugés et des stéréotypes, il n'en est pas moins intolérable. Il convient de noter que cette vue est consacrée à l'article 12 du *Code des*

enshrined in section 12 of the Ontario *Human Rights Code* [R.S.O. 1990, c. H.19], which provides:

DISCRIMINATION BECAUSE OF ASSOCIATION

12. A right under Part I is infringed where the discrimination is because of relationship, association or dealings with a person or persons identified by a prohibited ground of discrimination.

A similar result was reached by this Court in a refugee case, *Cheung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 2 F.C. 314 (C.A.), where a child of a woman suffering persecution as a member of a particular social group—namely women in China who have more than one child and are faced with forced sterilization—was found to face persecution on the same basis as a result of her relationship to her mother. Consistent with these authorities, therefore, I am of the view that the appellant can challenge paragraphs 3(1)(e) and 5(2)(b) and section 22 of the *Citizenship Act* and section 20 of the *Citizenship Regulations* on the basis that those provisions discriminate against him on the basis of sex, contrary to section 15 of the Charter.

It remains to be determined whether the Act and Regulations are, in fact, discriminatory. The definition of discrimination for the purposes of subsection 15(1) was outlined by Mr. Justice McIntyre in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at page 174:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

In applying this definition, the impugned distinction must be reviewed by taking into consideration the circumstances of the affected group (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1332). Where a socially, politically, or historically disadvantaged group is adversely affected by a legislative distinction, a finding of discrimination will normally follow relatively automatically. (*Andrews, supra*; *Turpin, supra*; and, *Swain, supra*.) I have already indicated that women are an independently disadvantaged

*droits de la personne* [L.R.O. 1990, ch. H.19] de l'Ontario, aux termes duquel:

DISCRIMINATION POUR DES RAISONS FONDÉES SUR L'ASSOCIATION

<sup>a</sup> 12. Constitue une atteinte à un droit reconnu dans la partie I le fait d'exercer une discrimination fondée sur des rapports, une association ou des activités avec une personne ou un groupe de personnes identifiées par un motif illicite de discrimination.

<sup>b</sup> Cette Cour est parvenue à une conclusion semblable dans une affaire de réfugié, *Cheung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 2 C.F. 314 (C.A.), où il a été jugé que l'enfant d'une femme souffrant de persécution en tant que membre d'un groupe social—celui des femmes qui ont plus d'un enfant en Chine et qui sont en proie à la stérilisation forcée—risquait la persécution pour la même raison du fait de sa filiation. Conformément à cette <sup>c</sup> jurisprudence, j'estime que l'appelant peut contester les alinéas 3(1)e) et 5(2)b) et l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* ainsi que l'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté*, par ce motif que ces dispositions opèrent discrimination sexuelle à son égard, en violation <sup>d</sup> de l'article 15 de la Charte.

Reste à examiner si cette Loi et ce Règlement sont en fait discriminatoires. La définition de discrimination au regard du paragraphe 15(1) a été donnée par le juge McIntyre dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la page 174:

<sup>e</sup> J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. <sup>f</sup>

<sup>g</sup> En appliquant cette définition, il faut examiner la distinction alléguée à la lumière des circonstances du groupe affecté (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la page 1332). Si un groupe désavantagé sur le plan social, politique ou historique, pâtit d'une distinction faite par la loi, un verdict de discrimination s'imposera normalement de façon plus ou moins automatique (*Andrews, supra*; *Turpin, supra*; *Swain, supra*). J'ai rappelé que les femmes forment un groupe désavantagé en soi dans notre société. J'ai également



group in our society. I have also shown that the *Citizenship Act* and the *Citizenship Regulations* limit access to Canadian citizenship for individuals relying on maternal lineage, where similar limits are not encountered by individuals basing their claims on paternal lineage. In contrast to men, women who are Canadian citizens are not afforded the same opportunity to pass on their citizenship to their children born outside Canada. This distinction is the result of stereotyping and prejudice against women. The 1947 *Citizenship Act* did not permit women to pass on their citizenship to their children born outside Canada (unless the mother was not married at the time). As the legislative history cited above exhibits, the 1977 *Citizenship Act* was designed to overcome that obvious discrimination.

Despite these good intentions, remnants of the discriminatory treatment of women under the 1947 Act have been continued in the new Act in the form of a separate and more onerous path for acquiring citizenship. In my view, for those born prior to 1977, the double standard that has been established in the 1977 *Citizenship Act* is discriminatory. The scheme in the new Act involves simple registration by those relying on paternal lineage, while for those relying on maternal lineage, the Act demands a complex application process including a requirement of swearing or affirming an oath of citizenship, security checks, criminal record checks and even possible exclusion on the basis of being charged with certain offences. This double standard discriminates against women and is, therefore, contrary to subsection 15(1).

## SECTION 1 OF THE CHARTER

Section 1 of the Charter states:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The basic framework for a section 1 analysis set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 remains in place, but has been elucidated by subsequent decisions. To demonstrate that a limit on a Charter right is reasona-

montré que la *Loi sur la citoyenneté* et le *Règlement sur la citoyenneté* restreignent l'accès à la citoyenneté canadienne à l'égard de ceux qui se réclament de leur filiation maternelle, alors que les mêmes restrictions ne sont pas imposées à ceux qui se réclament de leur filiation paternelle. À l'opposé des hommes, les femmes qui sont citoyennes canadiennes ne jouissent pas du même droit de transmettre leur nationalité à leurs enfants nés à l'étranger. Cette distinction est le fruit des préjugés et des stéréotypes entretenus contre les femmes. La *Loi sur la citoyenneté* de 1947 ne permettait pas aux femmes de transmettre leur nationalité à leurs enfants nés à l'étranger (à moins qu'elles ne fussent célibataires à ce moment-là). Ainsi que le montrent les travaux préparatoires évoqués *supra*, la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 visait à remédier à cette discrimination manifeste.

Malgré ces bonnes intentions, des vestiges du traitement discriminatoire réservé par la Loi de 1947 aux femmes se retrouvent dans la Loi actuelle, sous la forme d'un processus, distinct et plus rigoureux, de revendication de la citoyenneté. Je conclus qu'à l'égard des personnes nées avant 1977, la norme différenciatrice instaurée par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 est discriminatoire. Le régime institué par cette dernière prévoit un simple enregistrement pour ceux qui se réclament de leur filiation paternelle, alors que pour ceux qui se réclament de leur filiation maternelle, il impose une procédure complexe de demande comportant la prestation du serment de citoyenneté, une enquête de sécurité, une enquête sur le casier judiciaire et même l'exclusion possible en cas d'inculpation pour certaines infractions. Cette différenciation est discriminatoire à l'égard des femmes et, de ce fait, va à l'encontre du paragraphe 15(1).

## h L'ARTICLE PREMIER DE LA CHARTE

L'article premier de la Charte porte:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le cadre fondamental de l'analyse au regard de l'article premier, défini dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, demeure en place mais a été clarifié par des décisions subséquentes. Pour prouver que la res-

ble and demonstrably justified in a free and democratic society, the party seeking to uphold the limitation must satisfy two requirements. First, it must be established that the objective which the limitation is designed to promote is "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at page 352). At a minimum, an objective must be "pressing and substantial in a free and democratic society" to qualify as sufficiently important (*R. v. Oakes, supra*, at pages 138-139).

If this requirement is met, the second requirement involves a proportionality test. The proportionality test includes three components. First, the measure limiting the Charter right must be rationally connected to the intended objective. In other words, the measure must be carefully designed to achieve its objective without being arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. Second, the limiting measures must impair the Charter right as little as possible. This condition has been modified by decisions subsequent to *Oakes, supra* (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; and *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139). The issue of when the modified version of the minimal impairment branch of the proportionality test is applicable and when the conventional *Oakes* version should be relied upon is not yet settled (see *McKinney v. University of Guelph, supra*, at pages 398-405; *R. v. Chaulk, supra*, at pages 1388-1393, *per* Wilson J.; and *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 260, *per* McLachlin J.). There is general agreement, however, that the modified approach to minimal impairment may be applied where the rights of different groups come in conflict and must, to some extent, be mediated. Under this approach, the minimal impairment condition depends on whether Parliament could "reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively" (*Chaulk, supra*, at page 1341, *per* Lamer C.J.). Third, the effects of the measures must be proportional to the significance of the objective which is

triction d'un droit garanti par la Charte est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique, la partie qui défend cette restriction doit satisfaire à deux conditions. En premier lieu, elle doit prouver que l'objectif poursuivi par la restriction est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la page 352). Au minimum, un objectif doit se rapporter à des préoccupations «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique» pour être considéré comme suffisamment important (*R. c. Oakes, supra*, à la page 139).

Une fois cette condition remplie, la seconde condition met en jeu le critère de proportionnalité, lequel comporte trois volets. En premier lieu, la mesure portant restriction du droit garanti par la Charte doit présenter un lien rationnel avec l'objectif visé. En d'autres termes, elle doit être soigneusement conçue de façon à atteindre cet objectif sans être arbitraire, inique ou fondée sur des considérations irrationnelles. En deuxième lieu, elle doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la Charte. Cette condition a été modifiée par des décisions postérieures à l'arrêt *Oakes, supra* (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; et *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139). Cependant, la Cour n'a pas tranché définitivement la question de savoir dans quel cas s'applique la version modifiée de la condition de l'atteinte minimum du critère de proportionnalité et dans quel cas il faut observer le modèle classique de l'arrêt *Oakes* (*V. McKinney c. Université de Guelph, supra*, aux pages 398 à 405; *R. c. Chaulk, supra*, aux pages 1388 à 1395, Madame le juge Wilson; et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 260, Madame le juge McLachlin). Il est cependant généralement reconnu que la version modifiée de l'atteinte minimum peut s'appliquer dans les cas où les droits de différents groupes entrent en conflit et doivent, dans une certaine mesure, être conciliés. Dans cette approche, la condition de l'atteinte minimum dépend de la question de savoir si le législateur «aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace

to be achieved. An objective that is merely pressing and substantial should not override a Charter right, if the effect of the means used to accomplish that objective severely compromise the rights of an individual or group. A provision limiting a Charter right that fails to satisfy any one of these criteria will not be saved under section 1.

Turning to the facts of the case before me, the first question to be answered is whether the objectives of the impugned provisions are “pressing and substantial in a free and democratic society” (*R. v. Oakes, supra*, at pages 138-139). Are the objectives of the provisions in question so important as to warrant overriding the equality rights of women? The objectives of the various stages in the application process for those relying on maternal lineage under paragraph 5(2)(b) of the Act may generally be described as establishing a commitment or allegiance to Canada and ensuring the security of the nation and the safety of its people. Described in these terms, the objectives of the impugned provisions are, in my view, pressing and substantial.

The initial stage of the proportionality test involves determining whether the measure limiting the Charter right is rationally connected to the intended objective. The modest requirements set out in the *Citizenship Act* are carefully designed to achieve their objective without being arbitrary, unfair, or based on irrational considerations. Swearing an oath as a prerequisite to citizenship is a common practice followed in many countries. It is, in essence, a simple inquiry as to whether an individual is committed to the country and shares the basic principles or ideals upon which the country was founded. In Canada, the “Oath or Affirmation of Citizenship” which people must repeat provides as follows:

I swear (or affirm) that I will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth the Second, Queen of Canada, Her Heirs and Successors, and that I will faithfully

l’objectif identifié» (*Chaulk, supra*, à la page 1341, le juge en chef Lamer). En troisième lieu, les effets des mesures prises doivent être proportionnels à l’importance de l’objectif visé. Un objectif qui est juste urgent et réel ne devrait pas l’emporter sur un droit garanti par la Charte, si le moyen utilisé pour y parvenir a pour effet de compromettre gravement les droits d’un individu ou d’un groupe. Une disposition portant limitation d’un droit garanti par la Charte et qui ne satisfasse pas à l’un quelconque de ces critères ne se justifiera pas au regard de l’article premier.

En l’espèce, la première question qui demande une réponse est de savoir si les objectifs visés par les dispositions attaquées sont «urgents et réels dans une société libre et démocratique» (*R. c. Oakes, supra*, à la page 139). Les objectifs visés par ces dispositions sont-ils importants au point de l’emporter sur les droits à l’égalité des femmes? Les objectifs visés par les différents stades du processus de demande à suivre par ceux qui se réclament de leur filiation maternelle sous le régime de l’alinéa 5(2)b) de la Loi peuvent être généralement interprétés comme visant à assurer l’engagement ou l’allégeance envers le Canada et à garantir la sécurité de la nation et de son peuple. Vus sous cet angle, les objectifs visés par les dispositions attaquées sont, à mon avis, urgents et réels.

Le premier stade d’application du critère de proportionnalité consiste à examiner si la mesure portant limitation du droit garanti par la Charte présente un lien rationnel avec l’objectif visé. Les conditions modérées que prescrit la *Loi sur la citoyenneté* ont été soigneusement conçues de façon à atteindre leur objectif sans être arbitraires, iniques ou motivées par des considérations irrationnelles. La prestation du serment du citoyen est un usage observé dans un grand nombre de pays à titre de condition préalable de la naturalisation. Il s’agit essentiellement d’une mesure destinée à s’assurer que l’intéressé s’engage vis-à-vis du pays et partage les principes ou les idéaux fondamentaux sur lesquels celui-ci est bâti. Au Canada, le «Serment (ou Affirmation solennelle) de citoyenneté» que doivent répéter les intéressés est le suivant:

Je jure fidélité et sincère allégeance à Sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs et je jure d’observer fidèlement les lois du Canada et de remplir

observe the laws of Canada and fulfil my duties as a Canadian citizen.

This is certainly an appropriate way to determine an individual's allegiance to this country. It is, therefore, rationally connected to the objective of establishing an individual's allegiance to Canada.

Similarly, the stipulation in paragraph 22(1)(b) of the Act that a person shall not be granted citizenship while they are charged with or on trial for an indictable offence, as well as the stipulation in subsection 22(2) that a person shall not be granted citizenship if during the application for citizenship or in the preceding three years they have been convicted of an indictable offence, is rationally connected to the objective of ensuring the security of the nation and the safety of its people. Parliament can properly deny citizenship to those who pose a threat to the security of Canada or who might endanger the safety of Canadians. In *Winner v. S.M.T.*, [1951] S.C.R. 887, the Supreme Court determined that the power to legislate in regard to citizenship lies with Parliament. Mr. Justice Rand explained at pages 918-919:

The first and fundamental accomplishment of the constitutional Act was the creation of a single political organization of subjects of His Majesty within the geographical area of the Dominion, the basic postulate of which was the institution of a Canadian citizenship. Citizenship is membership in a state; and in the citizen inhere those rights and duties, the correlatives of allegiance and protection, which are basic to that status.

The Act makes no express allocation of citizenship as the subject-matter of legislation to either the Dominion or the provinces; but as it lies at the foundation of the political organization, as its character is national, and by the implication of head 25, section 91, "Naturalization and Aliens", it is to be found within the residual powers of the Dominion. [Citations omitted.]

The scope of Parliament's power to legislate was elaborated upon by Mr. Justice Dubé in a manner directly relevant to this case. In *In re Citizenship Act and in re Noailles*, [1985] 1 F.C. 852 (T.D.), at page 855, Dubé J. concluded:

After all, Canada has the right to protect itself by denying the privilege of citizenship to someone who does not meet the criteria legitimately established by an Act of Parliament. It is

loyalement mes obligations de citoyen canadien. [ou] J'affirme solennellement que je serai fidèle et porterai sincère allégeance à Sa Majesté la Reine Elizabeth Deux, Reine du Canada, à ses héritiers et successeurs, que j'observerai fidèlement les lois du Canada et que je remplirai loyalement mes obligations de citoyen canadien.

Voilà certainement un moyen légitime de s'assurer de l'allégeance de l'intéressé envers ce pays. Il présente donc un lien rationnel avec l'objectif qui est de fixer l'allégeance de l'individu envers le Canada.

De même, l'interdiction prévue à l'alinéa 22(1)b) de la Loi d'accorder la citoyenneté à quiconque est inculpé d'un acte criminel, et au paragraphe 22(2) de l'accorder à quiconque a été déclaré coupable d'un acte criminel pendant l'instruction de sa demande ou au cours des trois années qui la précèdent, présente un lien rationnel avec l'objectif qui est d'assurer la sécurité de la nation et de son peuple. Le législateur peut légitimement refuser la citoyenneté à quiconque représente une menace pour le Canada ou pourrait compromettre la sécurité des Canadiens. Dans *Winner v. S.M.T.*, [1951] R.C.S. 887, la Cour suprême a jugé que le Parlement avait compétence pour légiférer en matière de citoyenneté. Le juge Rand s'est prononcé à ce propos en ces termes, aux pages 918 et 919:

[TRADUCTION] La première réalisation fondamentale de la Loi constitutionnelle a été la création d'une organisation politique unifiée de sujets de Sa Majesté dans les limites géographiques du Dominion, dont le postulat fondamental était l'institution de la citoyenneté canadienne. La citoyenneté est l'appartenance à un État, et en le citoyen s'incarnent les droits et obligations, corollaires de l'allégeance et de la protection, qui constituent le fondement de ce statut.

La Loi ne prévoit pas expressément que la citoyenneté relève de la compétence législative du Dominion ou des provinces; mais étant donné que la citoyenneté se trouve à la base même de l'organisation politique et qu'elle revêt un caractère national, et vu la rubrique 25 de l'article 91, «La naturalisation et les aubains», il faut conclure qu'elle relève des pouvoirs résiduels du Dominion. [Référence omise.]

La portée du pouvoir législatif du Parlement en la matière a été analysée par le juge Dubé dans un contexte qui présente un rapport direct avec l'affaire en instance. Dans *Affaire intéressant la Loi sur la citoyenneté et Noailles*, [1985] 1 C.F. 852 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 855, il a tiré la conclusion suivante:

Après tout, l'état canadien a le droit de se protéger en refusant le privilège de la citoyenneté à celui qui ne répond pas aux critères légitimement établis par une loi du Parlement. Il est

quite just and reasonable that no one should be able to receive citizenship if during the three-year period immediately preceding his application he has been convicted of an offence or of an indictable offence under any Act of Parliament.

Accepting Parliament's authority to determine the circumstances in which citizenship will be granted, it is apparent that in enacting the provisions in question, they have exercised their authority in a manner that is rationally connected to achieving the objectives of ensuring the security of Canada and the safety of Canadians.

This brings us to the second part of the proportionality test: the minimal impairment stage. In the circumstances of this case, the rights of two different groups come into conflict, attracting the modified standard of review. It will become clearer in a moment, but for now, suffice it to say that the existing citizenship rights of paternal lineage claimants conflict with the equality rights of maternal lineage applicants. Where competing rights must be balanced, a court may rely on the lesser standard of the modified approach to minimal impairment. Under the modified approach, the question is whether Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have impaired the right in question less or not at all but which would have achieved the identified objective as effectively. Certainly, the objective of ensuring a commitment to Canada and protecting the security of this country and its people could have been achieved more effectively if individuals born before 1977 and claiming citizenship on the basis of paternal lineage were also required to swear or affirm an oath and were subject to the same security and criminal checks and subsequent exclusions as those born before that date and relying on maternal lineage. Since there is obviously no evidence that maternal lineage applicants as a group are less loyal to Canada or are more criminally inclined, there is no reason having to do with that group that justifies their differential treatment relative to paternal lineage applicants. Accordingly, a scheme that subjects maternal lineage and paternal lineage claimants to the same requirements would be clearly superior as regards equality.

tout à fait juste et raisonnable que nul ne puisse recevoir la citoyenneté si au cours des trois années précédant sa demande il a été déclaré coupable d'une infraction, ou d'un acte criminel prévu par une loi du Parlement.

*a* Une fois reconnue la compétence du Parlement en matière de conditions de citoyenneté, il est manifeste qu'en adoptant les dispositions en question, il a exercé sa compétence d'une manière qui présente un lien rationnel avec la réalisation de l'objectif qui est d'assurer la sécurité du Canada et des Canadiens.

Ce qui nous amène au deuxième volet du critère de proportionnalité: celui de l'atteinte minimum. En l'espèce, il y a conflit entre les intérêts de deux groupes différents, ce qui appelle l'application de la norme modifiée d'examen. Nous le verrons plus clairement un peu plus loin mais, pour le moment, il suffit de dire qu'il y a conflit entre le droit à la citoyenneté des demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et les droits à l'égalité des demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle. Là où il faut mettre dans la balance des droits contradictoires, la juridiction saisie peut s'en remettre à la norme moins rigoureuse de la version révisée de l'atteinte minimum. Dans cette approche modifiée, il s'agit de demander si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui porterait moins atteinte au droit en question ou n'y porterait pas atteinte du tout, mais qui aurait permis d'atteindre l'objectif de façon tout aussi efficace. Certainement, l'objectif qui est d'assurer l'engagement envers le Canada et de protéger la sécurité de ce pays et de son peuple aurait pu être réalisé plus efficacement si les individus nés avant 1977 et revendiquant la citoyenneté en vertu de leur filiation paternelle étaient également tenus de prêter serment ou de faire une affirmation solennelle, et soumis aux mêmes enquêtes de sécurité et enquêtes sur le casier judiciaire et aux exclusions subséquentes que ceux qui sont nés avant cette date et qui se réclament de leur filiation maternelle. Étant donné qu'il n'y a manifestement aucune preuve que les demandeurs se réclamant de leur filiation maternelle, pris dans leur ensemble, sont moins loyaux envers le Canada ou ont des tendances criminelles plus marquées, il n'y a aucune raison de les traiter différemment de ceux qui se réclament de leur filiation paternelle. En conséquence, un régime qui prévoyait les mêmes conditions pour les uns et les autres

However, even though equality would call for paternal lineage claimants born prior to 1977 to be subject to the same requirements as maternal lineage applicants, that alternative was not reasonably available to Parliament. The opportunity for paternal lineage claimants to register their citizenship was established under the 1947 *Citizenship Act* and continues today by virtue of the prior Act. Paragraph 3(1)(e) of the 1977 *Citizenship Act* specifically incorporates paragraph 5(1)(b) of the former Act maintaining the existing rights of paternal lineage applicants. In order to place the requirements of swearing or affirming an oath and undergoing criminal background checks on paternal lineage claimants, Parliament would have had to derogate from the existing rights of those claimants. To avoid that injustice, the government instead exempted from those requirements paternal lineage claimants coming within paragraph 5(1)(b) of the 1947 *Citizenship Act*. This is an imperfect solution, one that draws an unfortunate, discriminatory distinction contrary to subsection 15(1). Nevertheless, faced with selecting between two imperfect alternatives, I cannot say that Parliament has made an unreasonable choice in the circumstances.

In seeking to redress the unjust treatment of Canadian women and their children under the 1947 *Citizenship Act*, Parliament found itself unable to achieve its objectives of ensuring a commitment to Canada and protecting the safety of its people while both establishing full equality and not derogating from the established rights of paternal lineage claimants born prior to 1977. The balance chosen remedies the inequity to Canadian women and their children born outside the country resulting from the 1947 *Citizenship Act* without undercutting the existing rights of paternal lineage applicants. In the circumstances, I am not convinced that Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have impaired the right in question less but which would have achieved the identified objective as effectively. This part of the proportionality test is therefore met.

serait nettement supérieur du point de vue de l'égalité.

Cependant, même si l'égalité veut que les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle, nés avant 1977, soient soumis aux mêmes conditions que ceux qui se réclament de leur filiation maternelle, le législateur n'avait pas raisonnablement cet autre moyen à sa disposition. La possibilité pour les premiers de faire enregistrer leur citoyenneté a été instituée par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947 et se poursuit de nos jours en vertu de l'ancienne Loi. L'alinéa 3(1)e de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 cite expressément l'alinéa 5(1)b de l'ancienne Loi, préservant ainsi leurs droits existants. S'il avait voulu leur imposer l'obligation du serment de citoyenneté et l'enquête sur le casier judiciaire, le législateur aurait eu à déroger à leurs droits existants. Afin d'éviter cette injustice, il a exempté de ces obligations les demandeurs se réclamant de leur filiation paternelle et qui tombent dans le champ d'application de l'alinéa 5(1)b de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. C'est là une solution imparfaite, qui institue une distinction discriminatoire allant regrettamment à l'encontre du paragraphe 15(1). Néanmoins, face à une alternative dont chaque branche est aussi imparfaite que l'autre, je ne peux pas dire que le législateur ait fait un mauvais choix dans ce contexte.

En essayant de mettre fin au traitement injuste dont souffraient les femmes canadiennes et leurs enfants sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, le législateur n'a pas été en mesure d'atteindre l'objectif d'assurer l'engagement envers le Canada et de protéger la sécurité de son peuple tout en instituant la pleine égalité sans pour autant déroger aux droits existants des demandeurs de filiation paternelle, nés avant 1977. La solution choisie remédie à l'injustice faite aux femmes canadiennes et à leurs enfants nés à l'étranger par la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, sans pour autant porter atteinte aux droits existants des demandeurs qui se réclament de leur filiation paternelle. Dans ce contexte, je ne pense pas que le législateur ait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait porté moins atteinte au droit en question et qui aurait permis d'atteindre l'objectif identifié de façon tout aussi efficace. Voilà qui règle la question du deuxième volet du critère de proportionnalité.

The third part of the proportionality test involves an inquiry into whether the effects of the measures are proportional to the significance of the objective which is to be achieved. Weighing the significance of a legislative objective against the degree to which the Charter rights of an individual or group are impeded is always a difficult and imprecise process. The objectives of the provisions in question include ensuring a commitment to Canada, guarding the security of the nation and protecting the safety of the people of Canada. The importance of those rather broad objectives is obvious. In contrast, the right in question is not interfered with dramatically, but rather is compromised only on the periphery and only indirectly. This is not a situation where a severe penalty is imposed or a significant benefit ordinarily available is denied. Maternal lineage applicants born prior to 1977 are subject to the normal requirements to which all other applicants are subject and are merely denied a special exemption accorded paternal lineage claimants. The existing rights of paternal lineage applicants born prior to 1977 have been respected in a continuing exemption from the ordinary requirements to which all are otherwise subject. Not providing a similar exemption to maternal lineage applicants born prior to 1977 is not a significant incursion into the equality rights of those applicants, yet it permits the government to pursue the pressing and substantial objectives of the relevant provisions of the *Citizenship Act*. I accept, therefore, that the measures adopted are not disproportional to the significance of the objectives to be achieved.

As I have found the test under section 1 of the Charter to be satisfied, I am of the view that the subsection 15(1) violation can be saved by virtue of section 1. There is, as a result, no need to consider possible remedies. For the foregoing reasons, I would dismiss this appeal with costs.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

LÉTOURNEAU J.A.: I agree with my colleague Linden J.A. that if this appeal falls to be decided on section 1 of the *Canada Charter of Rights and Freedoms*, it ought to be dismissed for the reasons that he

Le troisième volet concerne la question de savoir si les effets des mesures prises sont proportionnels à l'importance de l'objectif visé. C'est toujours une tâche difficile et imprécise que de mettre dans la balance un objectif visé par la loi et le degré d'atteinte aux droits que garantit la Charte à un individu. Les dispositions en question visent à assurer l'engagement envers le Canada et à protéger la sécurité de la nation et du peuple du Canada. L'importance de ces objectifs plutôt généraux est évidente. Par contraste, il n'y a pas eu atteinte grave au droit en question, lequel n'a été compromis que de façon périphérique et indirecte. Il ne s'agit pas d'un cas où il y a préjudice grave ou déni d'un important bénéfice dont jouissent les autres. Les personnes nées avant 1977 du mariage de leur mère canadienne sont tenus aux conditions normales, exigées de tous les autres demandeurs, et ne se voient privées que d'une exemption spéciale accordée aux demandeurs qui se réclament de leur filiation paternelle. Les droits existants de ceux de ces derniers qui sont nés avant 1977 ont été respectés, à titre d'exemption continue de conditions ordinaires auxquelles tous les autres sont soumis. Ne pas accorder la même exemption aux personnes nées avant 1977 du mariage de leur mère canadienne ne revient pas à porter gravement à leurs droits à l'égalité, mais permet au gouvernement de poursuivre les objectifs urgents et réels des dispositions applicables de la *Loi sur la citoyenneté*. Je conclus en conséquence que les mesures adoptées ne sont pas disproportionnées par rapport à l'importance des objectifs visés.

Ayant conclu qu'il a été satisfait au critère de l'article premier de la Charte, j'estime que l'atteinte au paragraphe 15(1) peut se justifier au regard de cet article premier. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'envisager les mesures de redressement possibles. Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je conviens avec mon collègue le juge Linden, J.C.A., que si cet appel doit être jugé à la lumière de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il faut le rejeter

gives. However, I do not think that section 1 of the Charter can and need be invoked here because I believe that the Charter does not apply to the facts of this case and that there is no discrimination under section 15 of the said Charter.

I need not repeat the facts in detail as my colleague Linden J.A. has adequately summarized them, especially those that are necessary for me to express my views. I need only say that the appellant is an American citizen who is presently incarcerated in a Canadian penitentiary pursuant to a conviction for manslaughter. He claims the right to Canadian citizenship because he was born in the United States to a married Canadian mother. He bases his claim under section 15 of the Charter and alleges to be a victim of discrimination. He was born in California in 1962 and entered Canada in 1986 where he lived under two different names: "Martin Sarkissian" and "Claudio Carbone".

Whether section 15 of the Charter applies to this case and whether it involves retrospectivity or retroactivity

To apply the Charter to this case is, in my view, to give to it a retrospective or a retroactive effect that the Supreme Court has said it does not have.<sup>1</sup> It is not disputed that the 1977 *Citizenship Act* now treats alike children born outside of Canada after February 14, 1977 to either a Canadian father or a Canadian mother. This is what paragraph 3(1)(b) says and does.<sup>2</sup> So children born after February 14, 1977 cannot complain of a differential treatment or discrimination under section 15 of the Charter. They have an equal right to Canadian citizenship: all of them are Canadians on account of either their paternal or their maternal lineage.

<sup>1</sup> *R. v. Stevens*, [1988] 1 S.C.R. 1153; *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669, affirming (1986), 55 O.R. (2d) 609 (C.A.).

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. C-29.

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(b) the person was born outside Canada after February 14, 1977 and at the time of his birth one of his parents, other than a parent who adopted him, was a citizen.

conformément aux motifs de son jugement. Cependant, je ne pense pas que cet article puisse ou doive être invoqué car, à mon avis, la Charte ne s'applique pas aux faits de la cause et il n'y a pas eu en l'espèce de discrimination au sens de son article 15.

Il est inutile que je rappelle les faits en détail puisque mon collègue le juge Linden, J.C.A., les a parfaitement résumés, en particulier les faits qui éclairent mes conclusions. Il suffit de rappeler que l'appelant est un citoyen américain purgeant actuellement sa peine dans un pénitencier canadien pour homicide involontaire coupable. Il revendique le droit à la citoyenneté canadienne du fait qu'il était né aux États-Unis du mariage de sa mère canadienne, se fondant sur l'article 15 de la Charte et se disant victime de discrimination. Né en Californie en 1962, il est arrivé en 1986 au Canada où il a vécu sous deux noms différents, «Martin Sarkissian» et «Claudio Carbone».

L'article 15 de la Charte s'applique-t-il en l'espèce et est-il rétrospectif ou rétroactif?

Appliquer la Charte aux faits de la cause reviendrait, à mon avis, à lui donner un effet rétrospectif ou rétroactif, à l'encontre de la jurisprudence établie par la Cour suprême<sup>1</sup>. Il est constant que la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 ne distingue plus entre enfants nés à l'étranger après le 14 février 1977, qu'ils le soient de père canadien ou de mère canadienne. Tels sont le sens et l'effet de l'alinéa 3(1)b)<sup>2</sup>. Ainsi donc, les enfants nés après le 14 février 1977 ne peuvent se plaindre de différence de traitement ou de discrimination au sens de l'article 15 de la Charte. Ils ont le même droit à la citoyenneté canadienne: ils sont tous citoyens canadiens en raison de leur filiation soit paternelle soit maternelle.

<sup>1</sup> *R. c. Stevens*, [1988] 1 R.C.S. 1153; *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669, confirmant (1986), 55 O.R. (2d) 609 (C.A.).

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. C-29.

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

b) née à l'étranger après le 14 février 1977 d'un père ou d'une mère ayant qualité de citoyen au moment de la naissance.



There is no doubt that under the old Act, the 1947 *Citizenship Act*, and prior to the new one, the 1977 *Citizenship Act*, there was, for children born outside of Canada to a Canadian father, a treatment different from the one given to children born outside of Canada to a married Canadian mother. One, the child born to a Canadian father, could obtain the Canadian citizenship. The other, born to a married Canadian mother, could not<sup>3</sup> and the law regarded him or her as a foreign national. I mention in passing that if the child was born outside of Canada, out of wedlock, to a Canadian mother, he could obtain Canadian citizenship. I shall later revisit this issue in the context of the alleged discrimination. The changes brought to the Act in 1977 with respect to children born before February 15, 1977 aimed at eliminating that difference. Henceforth, children born to a married Canadian mother were given the possibility of acquiring Canadian citizenship<sup>4</sup> under certain conditions. In so

<sup>3</sup> *Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1952, c. 33.

5. (1) A person born after the 31st day of December, 1946, is a natural-born Canadian citizen,

- (a) if he is born in Canada or on a Canadian ship; or
- (b) if he is born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship, and
  - (i) his father, or in the case of a child born out of wedlock, his mother, at the time of that person's birth, is a Canadian citizen, and
  - (ii) the fact of his birth is registered, in accordance with the regulations, within two years after its occurrence or within such extended period as the Minister may, under the regulations, authorize in special cases.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. C-29.

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

5. . . .

(2) The Minister shall grant citizenship to any person who

(b) was born outside Canada, before February 15, 1977, of a mother who was a citizen at the time of his birth, and was not entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under subparagraph 5(1)(b)(i) of the former Act, if, before February 15, 1979, or within such extended period as the Minister may authorize, an application for citizenship is made to the Minister by a person authorized by regulation to make the application.

Nul doute que sous le régime de l'ancienne Loi, savoir la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, et avant l'entrée en vigueur de la Loi actuelle, savoir la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, il y avait une différence de traitement entre l'enfant né à l'étranger de père canadien et l'enfant né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne. L'un, l'enfant né de père canadien, pouvait obtenir la citoyenneté canadienne. L'autre, né du mariage de sa mère canadienne, ne le pouvait pas<sup>3</sup> et était un étranger aux yeux de la loi. Mentionnons en passant que si l'enfant était né à l'étranger d'une mère canadienne célibataire, il pouvait obtenir la citoyenneté canadienne. Je reviendrai sur ce point dans le contexte de la plainte de discrimination. Les modifications apportées à la Loi en 1977 au sujet des enfants nés avant le 15 février 1977 visaient à éliminer cette différence. Dès lors, l'enfant né du mariage de sa mère canadienne avait la possibilité d'obtenir la citoyenneté canadienne<sup>4</sup> sous certaines conditions.

<sup>3</sup> *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1952, ch. 33.

5. (1) Une personne, née après le 31 décembre 1946, est un citoyen canadien de naissance,

- a) si elle est née au Canada ou sur un navire canadien; ou
- b) si elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien, et si
  - (i) son père ou, dans le cas d'un enfant né hors du mariage, sa mère, au moment de la naissance de cette personne, était un citoyen canadien, et si
  - (ii) le fait de sa naissance est enregistré, d'après les règlements, au cours des deux années qui suivent l'événement ou au cours de la période prolongée que le Ministre peut, en vertu des règlements, autoriser dans des cas spéciaux.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. C-29.

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne:

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l'alinéa 5(1)b) de l'ancienne loi.

5. . . .

(2) Le ministre attribue en outre la citoyenneté:

b) sur demande qui lui est présentée par la personne qui y est autorisée par règlement et avant le 15 février 1979 ou dans le délai ultérieur qu'il autorise, à la personne qui, née à l'étranger avant le 15 février 1977 d'une mère ayant à ce moment-là qualité de citoyen, n'était pas admissible à la citoyenneté aux termes du sous-alinéa 5(1)b)(i) de l'ancienne loi.

far as these provisions relating to children born to a married Canadian mother prior to February 15, 1977 are concerned, namely paragraph 5(2)(b), they were remedial in nature.

Counsel for the appellant submitted that paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act is retrospective in its application as it determines for the future the legal effect of a prior event, i.e., the birth of the appellant, which occurred in 1962 and thus some 15 years before the statute was enacted. To use his words, paragraph 5(2)(b) is both prospective and retrospective in that it has a prospective application based on a prior event. I do not quarrel with that assertion which is the first step in his reasoning and attempt to show that the application of section 15 of the Charter to the present case carries with it no retrospectivity. From there he goes on to add that section 15 of the Charter is not concerned with the prior event, that is to say the birth of the appellant, but rather is concerned with the result of the 1977 Act, that is to say its prospective application to those born prior to February 15, 1977 outside of Canada to a married mother. Therefore, section 15 of the Charter, he concludes, is not applied retrospectively if it is applied to the facts of this case. This argument, as appealing as it may appear at first blush, does not hold.

What the appellant really complains of is the fact that he was denied Canadian citizenship because he was born in 1962 outside of Canada to a married Canadian mother rather than to a Canadian father. The cause of this alleged discrimination is, without doubt, subparagraph 5(1)(b)(i) of the 1947 *Citizenship Act*. It is not the 1977 Act which, on the contrary, attempted to correct the effects of the old law. Had Parliament in 1977 corrected the alleged injustice only for those born after February 15 and ignored the plight of the appellant and others in a like situation and had Parliament adopted no remedial measures to correct the wrongs of the past, the appellant would have now to attack the 1947 Act which denied him the right to citizenship. As in the case of *R. v. Stevens*<sup>5</sup> where it was alleged that subsection 146(1) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34], enacted prior to the Charter, violated section 7 of the Charter, the appellant would allege that subparagraph

<sup>5</sup> *Supra*, note 1.

Ainsi donc, les dispositions relatives aux enfants nés avant le 15 février 1977 du mariage de leur mère canadienne, savoir l'alinéa 5(2)(b), avaient pour objet de remédier à une situation antérieure.

L'avocat de l'appellant soutient que l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de 1977 est d'application rétrospective puisque qu'il définit pour l'avenir l'effet juridique d'un fait antérieur, c'est-à-dire la naissance de l'appellant, qui avait eu lieu en 1962, donc quelque 15 ans avant l'adoption de cette Loi. Pour reprendre ses propres termes, l'alinéa 5(2)(b) est à la fois prospectif et rétrospectif, en ce que l'application qui en est prospective se rapporte à un fait antérieur. Je ne mets pas en doute cette assertion qui constitue la première étape de son raisonnement visant à démontrer que l'application de l'article 15 de la Charte aux faits de la cause n'est nullement rétrospective. Il ajoute que l'article 15 n'entre pas en jeu à l'égard du fait antérieur, c'est-à-dire de la naissance de l'appellant, mais à l'égard des effets de la Loi de 1977, c'est-à-dire de son application prospective aux personnes nées à l'étranger avant le 15 février 1977 du mariage de leur mère. Il en conclut que l'application de l'article 15 de la Charte aux faits de la cause ne constitue pas une application rétrospective. Cet argument, aussi attrayant qu'il puisse paraître à première vue, n'est pas valide.

Ce dont l'appellant se plaint réellement, c'est le fait qu'il s'est vu refuser la citoyenneté canadienne parce qu'il est né en 1962 à l'étranger d'un mariage de sa mère canadienne et non pas d'un père canadien. La cause de cette soi-disant discrimination est indubitablement le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, et non pas la Loi de 1977 qui, au contraire, vise à remédier aux effets de l'ancienne Loi. Si en 1977 le législateur n'avait réparé l'injustice invoquée qu'à l'égard des personnes nées après le 15 février et avait ignoré le cas de l'appellant et des personnes se trouvant dans la même situation, et s'il n'avait pris aucune mesure pour réparer les torts passés, l'appellant aurait à contester maintenant la Loi de 1947 qui lui déniait le droit à la citoyenneté. Tout comme dans la cause *R. c. Stevens*<sup>5</sup> où il était soutenu que le paragraphe 146(1) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34], adopté avant la Charte, violait l'article 7 de cette dernière, l'appellant soutient en l'es-

<sup>5</sup> *Supra*, note 1.

5(1)(b)(i) of the 1947 *Citizenship Act* violates section 15 of the Charter. As for the case of *Stevens*, there would be no doubt that this challenge would involve a retrospective application of the Charter to a prior legislation on account of a prior event (his birth in 1962).

The situation is not different with the 1977 Act. Firstly, it is not the 1977 Act which causes the alleged discrimination and which treated the appellant as an alien: it is subparagraph 5(1)(b)(i) of the old 1947 Act. The new legislation merely attempts to remedy that. It acknowledges the foreign nationality of the appellant and simply takes over where the 1947 Act left him: an alien or foreign national who, from that moment, is given the right and possibility of acquiring Canadian citizenship on a basis he did not have before. Secondly, the 1977 Act is also legislation enacted prior to the Charter which relates to an event which took place prior to the Charter. In addition, if the 1977 *Citizenship Act* were silent as to the claimant and contained no remedial measures for past discrimination, the claimant, if he could launch a constitutional attack on that Act, would have to argue that the Act is discriminatory because it did not apply retroactively or retrospectively to his case. In other words, he would have to say that the 1977 Act is discriminatory because it does not eliminate the discrimination which occurred in 1962 because of the 1947 *Citizenship Act*. Whichever way I look at the 1977 Act, I fail to see how a Charter challenge to that Act would not be retrospective or would be less retrospective than a Charter challenge to the 1947 Act in relation to the same 1962 event.

If there had been no remedial measures adopted in the 1977 Act to redress the wrongs caused in the past by the repealed 1947 Act, it is my view that the appellant would have had no foundation for a complaint under the Charter as the Charter would not apply to suppress the legal consequences attached by the 1947 Act to his birth in 1962. It would be ironic if, because of the remedial procedures found in the 1977 Act, foreign nationals like the appellant could now be said to have a foundation for a complaint

pèce que le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947 va à l'encontre de l'article 15 de la Charte. Tout comme dans la cause *Stevens*, il est indubitable que cet appel vise à l'application rétrospective de la Charte à une loi antérieure en raison d'un fait antérieur (sa naissance en 1962).

Il en est de même de la Loi de 1977. En premier lieu, ce n'est pas cette Loi qui est la cause de la soi-disant discrimination ou qui faisait de l'appelant un étranger; c'est le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la Loi de 1947 qui a eu cet effet. La nouvelle Loi ne fait qu'essayer de remédier à cette situation. Elle prend acte de la nationalité étrangère de l'appelant et ne fait que le prendre en charge dans l'état où la Loi de 1947 l'a laissé, celui d'un étranger qui, à partir de ce moment, se voit donner le droit et la possibilité d'acquérir la citoyenneté canadienne sous un régime qui ne lui était pas accessible auparavant. En second lieu, la Loi de 1977 est antérieure à la Charte et vise un fait ayant eu lieu avant cette dernière. En outre, si la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 avait été muette quant au cas du demandeur et n'avait prévu aucune mesure pour remédier à la discrimination passée, celui-ci, à supposer qu'il puisse en attaquer la constitutionnalité, aurait à démontrer qu'elle est discriminatoire du fait qu'elle ne s'applique pas rétroactivement ou rétrospectivement à son cas. Autrement dit, que la Loi de 1977 est discriminatoire parce qu'elle n'élimine pas la discrimination qui avait cours en 1962 à cause de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947. Quelle que soit la façon dont j'envisage la Loi de 1977, je ne vois pas comment une attaque contre ce texte au regard de la Charte ne serait pas rétrospective ou serait moins rétrospective qu'une attaque du même genre logée contre la Loi de 1947 à partir d'un même fait qui eut lieu en 1962.

Si la Loi de 1977 n'avait pas prévu de mesures correctives pour remédier aux torts causés auparavant par l'ancienne Loi de 1947, je pense que l'appelant n'aurait eu aucun fondement pour invoquer la Charte, car celle-ci ne s'appliquerait pas pour supprimer les conséquences juridiques attachées par la Loi de 1947 à sa naissance en 1962. Ce serait ironique si, par suite des mesures correctives prévues par la Loi de 1977, des étrangers comme l'appelant pouvaient maintenant prétendre à un fondement pour invoquer la Charte,

under the Charter while they would have had none if they had been totally ignored in the 1977 Act!

Indeed, what the appellant is now asking on the basis of the Charter is to read the 1977 *Citizenship Act* as if the provision of the 1947 Act which created the differential treatment had never existed at all. If this is not retrospectivity, and asking that the Charter be applied retrospectively, one is left to wonder what is. These words of Professor Côté, in my view, adequately describe what the rule is in such matter and what the appellant is asking this Court to do:

To summarize: when the question arises as to whether or not an enactment produces a retroactive effect, the question must be examined successively from the standpoint of positive and negative retroactivities. The principle of non-retroactivity applies whatever the form of the retroactivity at issue. As a result, the issue is, firstly, whether the rule stated in the enactment applies to the basis of facts arising entirely before its commencement (is there positive retroactivity?) and, secondly, if the suppression of the rules resulting from adoption of the new enactment results in challenging effects already produced as a result of the rules that have been suppressed (is there negative retroactivity?). [My underlining.]<sup>6</sup>

To use the words of Dickson J. [as he then was] in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, the appellant wants the Charter to,

... reach into the past and declare that the law or the rights of parties as of an earlier date shall be taken to be something other than they were as of that earlier date.<sup>7</sup>

My conclusion that the application of section 15 of the Charter to the facts of this case would give the Charter a retrospective effect is consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Gamble*.<sup>8</sup> Speaking for the majority, Wilson J. wrote:

Different rights and freedoms, depending on their purpose and the interests they are meant to protect, will crystallize and protect the individual at different times. Our previous decisions on the retrospective application of the *Charter* are consistent with an approach which pays attention to differences in the purposes of the relevant rights and freedoms. For example, procedural rights will crystallize at the time of the process: *Irvine v.*

<sup>6</sup> P. A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1991, at p. 123.

<sup>7</sup> [1977] 1 S.C.R. 271, at p. 279.

<sup>8</sup> [1988] 2 S.C.R. 595.

alors qu'ils n'en auraient eu aucun si la Loi de 1977 les avait complètement ignorés!

En fait, ce que demande maintenant l'appelant en s'appuyant sur la Charte, c'est que la Loi de 1977 s'applique comme si la disposition de la Loi de 1947 qui prévoyait la différence de traitement n'avait jamais existé. Si ce n'est pas là une conclusion rétrospective, demandant que la Charte soit appliquée rétrospectivement, on se demande bien ce qui le sera. L'observation suivante du professeur Côté explique parfaitement, à mon avis, ce qu'est la règle en la matière et ce que demande l'appelant en l'espèce:

En résumé: lorsque se pose la question de savoir si l'application d'un texte produit un effet rétroactif, il faut envisager successivement la question de la rétroactivité positive du texte, puis celle de sa rétroactivité négative. Le principe de la non-rétroactivité de la loi s'applique en effet quelle que soit la forme de rétroactivité en cause. Il faut en conséquence se demander, premièrement, si la règle que le texte énonce s'appliquera ou non sur le fondement de faits survenus entièrement avant son entrée en vigueur (y a-t-il rétroactivité positive?) puis, deuxièmement, si la suppression de règle qui découle de l'adoption du nouveau texte entraînera ou non la remise en cause des effets déjà produits en vertu des règles supprimées (y a-t-il rétroactivité négative?). [C'est moi qui souligne.]

Pour emprunter les termes employés par le juge Dickson [alors juge puîné] dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, l'appelant demande que la Charte

... s'imisce dans le passé et [signifie] qu'à une date antérieure, il [faut] considérer que le droit ou les droits des parties étaient ce qu'ils n'étaient pas alors<sup>7</sup>.

Ma conclusion, savoir que l'application de l'article 15 de la Charte aux faits de la cause reviendrait à donner à ce texte un effet rétrospectif, est conforme à la décision *R. c. Gamble*<sup>8</sup> où, rendant le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada, Madame le juge Wilson s'est prononcée en ces termes:

Des droits et des libertés différents, selon leur objet et les intérêts qu'ils visent à protéger, se cristalliseront et protégeront l'individu à différents moments. Nos décisions antérieures sur l'application rétroactive de la *Charte* sont compatibles avec un point de vue qui tient compte des différences d'objet des droits et libertés applicables. Par exemple, les droits en matière de procédure se cristallisent au moment où la procédure se

<sup>6</sup> P. A. Côté, *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd., Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1990, à la p. 135.

<sup>7</sup> [1977] 1 R.C.S. 271, à la p. 279.

<sup>8</sup> [1988] 2 R.C.S. 595.

*Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181. Rights against unreasonable searches and seizures will crystallize at the time of the search and seizure: *R. v. James*, [1988] 1 S.C.R. 669. Substantive guarantees that the accused receive the benefit of his or her subjective mistake of fact crystallize at the time the offence was committed: *R. v. Stevens*, *supra*. The right against the introduction of self-incriminating evidence crystallizes at the time the evidence is sought to be introduced in a proceeding even although the testimony was originally provided well before the *Charter* came into force: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

Some rights and freedoms in the *Charter* seem to me to be particularly susceptible of current application even although such application will of necessity take cognizance of pre-*Charter* events. Those *Charter* rights the purpose of which is to prohibit certain conditions or states of affairs would appear to fall into this category. Such rights are not designed to protect against discrete events but rather to protect against an ongoing condition of state of affairs. Pre-trial delay under s. 11(b) is a good example: *R. v. Antoine*. Section 15 may also fall into this category. Morden J.A. recognized in *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (Ont. C.A.) that there was such a thing as a continuing discriminatory practice under s. 15 of the *Charter*.<sup>9</sup>

As it appears from this statement, it is important to determine the point in time at which the right to equality without discrimination under section 15 crystallizes. It also appears that there may be a continuing discriminatory practice which would call for an application of section 15 of the *Charter* although this would require that the Court take cognizance of pre-*Charter* events. To say that, however, is not to say that section 15 of the *Charter* applies every time one can establish that he still suffers from past discrimination. For section 15 to apply, there has to be an actual or an on-going discrimination which deprives one of equal protection and benefit of the law. It is not enough for one to say that one still suffers from a discriminatory event or legislation which took place or existed prior to the *Charter*. Otherwise, just about every instance of past discrimination since the turn of the century could be reviewed under section 15, provided the victims still suffer from that past discrimination.

<sup>9</sup> *Id.*, at pp. 627-628.

déroule: *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 1981. Les droits à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives se cristallisent au moment de la fouille, de la perquisition ou de la saisie en question: *R. c. James*, [1988] 1 R.C.S. 669. Les garanties, sur le plan du fond, que l'inculpé profite de son erreur de fait subjective se cristallisent au moment où l'infraction est commise: *R. c. Stevens*, précité. Le droit à la protection contre l'utilisation d'un témoignage auto-incriminant se cristallise au moment où l'on cherche à utiliser ce témoignage dans une instance même si, à l'origine, il a été donné bien avant l'entrée en vigueur de la *Charte*: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Certains droits et certaines libertés contenus dans la *Charte* me semblent particulièrement susceptibles d'être appliqués actuellement même si cette application oblige nécessairement à prendre connaissance d'événements antérieurs à la *Charte*. Les droits garantis par la *Charte* qui ont pour objet d'interdire certaines conditions ou situations sembleraient relever de cette catégorie. De tels droits visent à protéger non pas contre des événements précis et isolés, mais plutôt contre des conditions ou une situation en cours. La question du délai avant le procès, au termes de l'al. 11b), en est un bon exemple: *R. v. Antoine*. L'article 15 peut aussi relever de cette catégorie. Le juge Morden a reconnu, dans l'arrêt *Re McDonald and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A. Ont.), qu'une pratique discriminatoire continue, cela existe et relève de l'art. 15 de la *Charte*.<sup>9</sup>

Il ressort de la conclusion ci-dessus qu'il est important de déterminer le moment où le droit à l'égalité sans discrimination, que garantit l'article 15, se cristallise. Et qu'il se peut qu'il y ait une pratique discriminatoire persistante qui appellerait l'application de l'article 15 de la *Charte*, encore que cette application puisse obliger la Cour à prendre acte de faits antérieurs à la *Charte*. Cela ne revient cependant pas à dire que l'article 15 s'applique chaque fois que le plaignant peut prouver qu'il souffre encore d'une discrimination passée. Pour que l'article 15 s'applique, il faut qu'il y ait un acte discriminatoire actuel ou en cours, qui prive l'intéressé de la protection et du bénéfice de la loi, dont jouissent les autres. Il ne suffit pas au demandeur de dire qu'il souffre encore des effets d'un acte discriminatoire qui s'est produit ou d'une loi discriminatoire qui existait avant la *Charte*. Autrement, tous les cas de discrimination depuis le début du siècle pourraient être portés en justice sous le régime de l'article 15, à condition que la victime souffre encore des effets de la discrimination passée.

<sup>9</sup> *Idem*, aux p. 627 et 628.

In the case at bar, the discriminatory legislation, to wit subparagraph 5(1)(b)(i) of the 1947 *Citizenship Act*, was repealed in 1977 and the discriminatory practice ceased as paragraph 3(1)(b) of the 1977 Act eliminated for the future the source of discrimination. For those like the appellant who were governed by the old 1947 Act, the discrimination crystallized on the date of their birth in a foreign country when they acquired a foreign nationality and the then *Canadian Citizenship Act* did not give them the right to acquire Canadian citizenship. In the case of the appellant, it was on August 29, 1962. It is at that point that the 1947 *Citizenship Act* attached legal consequences to that momentary fact.

In conclusion, the Charter does not apply to the facts of this case.

Whether section 15 of the Charter ought to be applied retrospectively to the facts of this case

Should this Court find that an application of the Charter to the facts of this case would involve retrospectivity, the appellant contends that, because paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* is retrospective, the Charter also ought to be retrospective or ought to be applied retrospectively to retrospective provisions or legislations. With respect, one does not necessarily entail the other.

According to a basic and sound rule of interpretation reaffirmed by Dickson J. in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*,<sup>10</sup>

... statutes are not to be construed as having retrospective operation unless such a construction is expressly or by necessary implication required by the language of the Act.<sup>11</sup>

Paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* clearly was meant to have a retrospective application. However, the contrary intention clearly appears with regard to section 15 of the Charter as that section was not proclaimed into force in 1982 at the same time as the other provisions of the Charter. Indeed, it came into force only in 1985 in order to allow the various

<sup>10</sup> *Supra*, note 7.

<sup>11</sup> *Id.*, at p. 279.

En l'espèce, le texte de loi discriminatoire, savoir le sous-alinéa 5(1)(b)(i) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, a été abrogé en 1977 et la pratique discriminatoire a pris fin puisque l'alinéa 3(1)(b) de la *Loi de 1977* a éliminé depuis cette date la source de discrimination. Pour ceux qui, à l'instar de l'appelant, étaient soumis au régime de la *Loi de 1947*, la discrimination s'est cristallisée à la date de leur naissance dans un pays étranger, date à laquelle ils acquièrent la nationalité étrangère puisque la *Loi sur la citoyenneté* en vigueur à l'époque au Canada ne leur donnait pas le droit d'acquérir la citoyenneté canadienne. Dans le cas de l'appelant, cette date était le 29 août 1962. C'est à cette date que la *Loi sur la citoyenneté* de 1947 attachait des conséquences juridiques à cet événement momentané.

En conclusion, la Charte ne s'applique pas en l'espèce.

Faut-il appliquer rétrospectivement l'article 15 de la Charte aux faits de la cause?

La Cour conclurait-elle que l'application de la Charte aux faits de la cause serait une application rétrospective, l'appelant soutient que, l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 étant rétrospectif, il faut que la Charte soit aussi rétrospective ou s'applique rétrospectivement au texte de loi rétrospectif. Cependant, l'un n'entraîne pas nécessairement l'autre.

Selon la règle fondamentale et rationnelle d'interprétation qu'a rappelée le juge Dickson dans *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*<sup>10</sup>,

... les lois ne doivent pas être interprétées comme ayant une portée rétroactive à moins que le texte de la Loi ne le décrète expressément ou n'exige implicitement une telle interprétation<sup>11</sup>.

Il est indéniable que l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 était destiné à s'appliquer rétrospectivement. Par contre il est évident que l'article 15 de la Charte n'est pas rétrospectif, puisqu'il n'est pas entré en vigueur en 1982 en même temps que les autres dispositions du même texte. En effet, il n'est entré en vigueur qu'en 1985 afin de donner aux

<sup>10</sup> *Supra*, note 7.

<sup>11</sup> *Id.*, à la p. 279.

legislatures to bring whatever change was needed to their legislation to satisfy the constitutional guarantees provided by section 15.<sup>12</sup> This seems to me to be inconsistent with the type of retrospectivity sought by the appellant.

Whether the treatment afforded the appellant under the 1977 Citizenship Act is discriminatory

Assuming that I am wrong on the question of retroactivity and that section 15 of the Charter does apply to the facts of this case, I believe that the treatment afforded the appellant by paragraph 5(2)(b) of the 1977 *Citizenship Act* is not discriminatory.

Firstly, it is not every difference in treatment that necessarily results in inequality.<sup>13</sup> Nor, as my colleague Linden J.A. puts it, is it every legislative distinction that will violate subsection 15(1). It has to be a distinction which discriminates on one of the enumerated grounds in subsection 15(1) or on an analogous ground.

The appellant has contended before us that there was discrimination on the basis of sex because his Canadian mother could not pass on to him her citizenship while, had he been born to a Canadian father, he would have acquired the Canadian citizenship. Under the 1947 *Citizenship Act*, had the appellant been born, out of wedlock, to a Canadian mother, he could have acquired the Canadian citizenship from his mother.<sup>14</sup> In other words, an unmarried Canadian mother could pass on her citizenship, but a married Canadian mother could not. However, a Canadian father, whether married or not, could always pass on his citizenship. Consequently, it is more on the basis of their marital status than their sex that Canadian women were subjected to a different treatment under the old law. All of this is in a sense irrelevant now because, as I have already mentioned, this differential treatment no longer exists in the 1977 *Citizenship Act*

<sup>12</sup> *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.), at p. 171.

<sup>13</sup> *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

<sup>14</sup> See s. 5(1)(b)(i), *supra*, note 3.

diverses législatures le temps d'apporter les modifications nécessaires à leurs lois respectives pour les rendre conformes aux garanties constitutionnelles qu'il prévoit<sup>12</sup>. Voilà qui ne s'accorde pas avec le genre de rétroactivité auquel conclut l'appellant.

Le traitement réservé à l'appellant sous le régime de la Loi sur la citoyenneté de 1977 est-il discriminatoire?

Quand bien même je me serais trompé sur la question de la rétroactivité et quand bien même l'article 15 de la Charte s'appliquerait aux faits de la cause, je conclus que le traitement réservé à l'appellant sous le régime de l'alinéa 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 n'est pas discriminatoire.

En premier lieu, tous les cas de différence de traitement ne signifient pas nécessairement qu'il y a inégalité<sup>13</sup>. De même, comme mon collègue le juge Linden, J.C.A., l'a fait remarquer, toutes les distinctions faites par la loi ne vont pas à l'encontre du paragraphe 15(1). Il faut que ce soit une distinction discriminatoire au regard de l'un des motifs qui y sont énumérés ou d'un motif analogue.

L'appellant soutient devant la Cour qu'il y a eu discrimination sexuelle puisque sa mère, qui est Canadienne, n'a pu lui transmettre sa nationalité alors que, si son père avait été Canadien, lui-même se serait vu attribuer la citoyenneté canadienne. Sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté* de 1947, si l'appellant avait eu pour mère une femme canadienne célibataire, il aurait pu acquérir la nationalité canadienne de sa mère<sup>14</sup>. Autrement dit, la mère canadienne pouvait transmettre sa nationalité à un enfant né hors mariage, mais non à un enfant légitime, alors que le père canadien, qu'il fût marié ou non, pouvait toujours transmettre sa nationalité. Ainsi donc, c'est plus en raison de leur état matrimonial que de leur sexe que les femmes canadiennes faisaient l'objet d'un traitement différent sous l'empire de l'ancienne Loi. Tout cela n'a plus maintenant aucune importance puisque, comme noté *supra*, cette différence de traite-

<sup>12</sup> *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (C.A.C.-B.), à la p. 171.

<sup>13</sup> *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

<sup>14</sup> Voir l'art. 5(1)(b)(i), *supra*, note 3.

for the children born outside of Canada after February 14 to either a Canadian father or mother.<sup>15</sup>

What we really have to consider now is the treatment given in 1977 to the appellant by paragraph 5(2)(b) of the 1977 Act. It is worth remembering that the appellant, as a result of the 1947 Act, was a foreign national and an alien when the 1977 *Citizenship Act* was enacted. When confronted with this fact in 1977, Parliament had three options: (1) ignore the issue altogether; (2) confer Canadian citizenship on all the aliens born outside of Canada prior to February 15, 1977 to married Canadian mothers; or (3) allow these children the possibility of acquiring Canadian citizenship.

Parliament was very much aware of the second option which involved retroactively conferring and imposing Canadian citizenship on foreign nationals. This would have eliminated the distinction created in 1947 between the children born to a married Canadian mother and those born to a Canadian father whose Canadian citizenship was legally maintained by paragraph 3(1)(e) of the 1977 Act.<sup>16</sup> However, Parliament was sensitive to the national and international as well as individual implications that a retroactive legislation could have. For instance, one could lose his foreign nationality if his country of origin did not allow its nationals to have a double nationality. One could avoid compulsory military service. In other words, one could be relieved of duties imposed by his country of origin or could become, by virtue of a new nationality imposed upon him, subject to all kinds of obligations that he does not necessarily want.

That Parliament was eager to assume its international obligations and not to interfere with the political status of foreign nationals and with something as fundamental and stable<sup>17</sup> as citizenship is evident

<sup>15</sup> See *supra*, note 2.

<sup>16</sup> *Supra*, note 4.

<sup>17</sup> In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 13, La Forest J. spoke of citizenship in terms of "immutability". He wrote [at p. 195]:

ment n'existe plus dans la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 à l'égard de l'enfant né à l'étranger après le 14 février, et dont soit le père soit la mère est Canadien<sup>15</sup>.

Ce qu'il faut réellement examiner maintenant, c'est le traitement réservé à l'appelant en 1977 sous le régime de l'alinéa 5(2)(b) de la Loi de 1977. Il convient de se rappeler que, par l'effet de la Loi de 1947, l'appelant était un étranger au moment de l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977. Face à cet état de choses en 1977, le législateur avait trois options: (1) ignorer tout simplement la question; (2) accorder la citoyenneté canadienne à tous les étrangers nés à l'étranger avant le 15 février 1977, du mariage de leur mère canadienne; ou (3) leur donner la possibilité d'acquérir la citoyenneté canadienne.

Le législateur était bien conscient de la deuxième option qui consistait à attribuer et à imposer rétroactivement la citoyenneté canadienne à des étrangers. Cette mesure aurait éliminé la distinction créée en 1947 entre l'enfant né du mariage de sa mère canadienne et l'enfant né d'un père canadien, dont la citoyenneté canadienne était légalement maintenue par l'alinéa 3(1)(e) de la Loi de 1977<sup>16</sup>. Le législateur avait cependant conscience des répercussions nationales et internationales aussi bien que personnelles pour l'intéressé, que pourrait avoir une loi rétroactive. Par exemple, l'intéressé pourrait perdre sa nationalité étrangère si son pays d'origine n'autorisait pas la double nationalité. Ou il pourrait se soustraire au service militaire obligatoire. En d'autres termes, l'intéressé pourrait se libérer de toutes les obligations imposées par son pays d'origine ou pourrait se voir imposer, par suite de la nouvelle nationalité qu'on lui impose, toutes sortes d'obligations dont il ne voudrait pas nécessairement.

Que le législateur fût déterminé à assumer ses obligations internationales et à ne pas s'ingérer dans le statut politique des étrangers ni dans quelque chose d'aussi fondamental et d'aussi stable<sup>17</sup> que la

<sup>15</sup> *Supra*, note 2.

<sup>16</sup> *Supra*, note 4.

<sup>17</sup> Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *supra*, note 13, le juge La Forest évoque l'«immutabilité» de la citoyenneté, en ces termes [à la p. 195]:

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)



from this excerpt of a letter sent by the then Secretary of State to a member of Parliament in response to a query made on that very issue:

Thank you for your letter of February 28, 1975 concerning the non-retroactivity of clause 3(1)(b) of Bill C-20 in respect to children born outside of Canada of a Canadian mother and non-Canadian father.

In the field of nationality and citizenship statutes the question of making retroactive legislation is one which has been considered on many occasions and one to which we have given a lot of thought. In this respect, the impact of automatic conferral of citizenship upon a person by retroactive legislation must, in addition to its national application, be considered in an international scope. Laws, of course, emerge out of custom and consent. Generally speaking, it has been found in the field of nationality that retroactive legislation is very easily interpreted as being a form of despotic infringement prejudicially affecting an existing status, i.e., non-Canadian or a foreign citizenship which might be lost or a privilege which a person enjoys as a citizen of another country, but which he would not enjoy if he were a dual national because of retroactive law.

The moral basis then for non-retroactivity is that one does not do unwanted and unasked for "favours" to persons because what one may think is a favour, another may regard as a "wrong". Further, one never knows the unforeseen consequences of the retroactive conferral upon persons of citizenship which they may not even want. [My underlining.]<sup>18</sup>

This is why, in the end, Parliament made it optional for those aliens to acquire Canadian citizenship and imposed minimal conditions. In my view, the solution adopted by Parliament in 1977 in the *Citizenship Act* created no discrimination. On the contrary, bearing in mind the social, national and international consequences of citizenship, it dealt fairly and sensibly with a past heritage. As foreign nationals or aliens, these children born outside of Canada before February 15, 1977 to a married Canadian mother were given the same treatment afforded other aliens. If anything, these children were given a preferential treatment over other aliens. It was not necessary for them to have been lawfully admitted in Canada for permanent residence and to have resided

(Continued from previous page)

The characteristic of citizenship is one typically not within the control of the individual and, in this sense, is immutable. Citizenship is, at least temporarily, a characteristic of personhood not alterable by conscious action and in some cases not alterable except on the basis of unacceptable costs.

<sup>18</sup> Appeal Book, at p. 42.

citoyenneté, ressort de cette réponse du secrétaire d'État de l'époque à une question posée à ce sujet par un député:

[TRADUCTION] Nous avons bien reçu votre lettre du 28 février 1975 au sujet de la non-rétroactivité de l'alinéa 3(1)b) du projet de loi C-20 à l'égard de l'enfant né à l'étranger du mariage d'une femme canadienne et d'un homme non canadien.

En matière de législation sur la nationalité et la citoyenneté, la question de la rétroactivité a été examinée à plusieurs reprises et nous y avons réfléchi longuement. À cet égard, l'effet de l'attribution automatique de la citoyenneté à un individu par voie de loi rétroactive doit, au-delà de son application nationale, être examiné sur le plan international. Les lois sont le fruit de l'usage et du consentement. En termes généraux, il est établi qu'en matière de nationalité, il est facile de voir dans une loi rétroactive une forme d'ingérence despotique portant préjudice à un statut existant, c'est-à-dire une nationalité étrangère qui pourrait se perdre ou d'un privilège dont jouit un individu en sa qualité de citoyen d'un autre pays, mais dont il ne jouirait pas s'il avait la double nationalité en raison de la loi rétroactive.

Le fondement moral de la non-rétroactivité tient à ce qu'il ne faut pas faire aux gens des «favours» non voulues et non sollicitées: ce que quelqu'un peut considérer comme une faveur, quelqu'un d'autre peut le considérer comme un «tort». En outre, on ne peut jamais prédire les conséquences possibles de l'attribution rétroactive de la citoyenneté à des gens qui n'en veulent peut-être pas<sup>18</sup>. [Non souligné dans le texte.]

C'est ce qui explique pourquoi, en fin de compte, le législateur a laissé à ces étrangers la faculté d'acquérir la citoyenneté canadienne et a imposé, à cet égard, des conditions essentielles à remplir. À mon avis, la solution qu'a adoptée le législateur en 1977 par la *Loi sur la citoyenneté* n'instituait aucune discrimination. Au contraire, eu égard aux conséquences sociales, nationales et internationales de la citoyenneté, elle représentait une solution juste et judicieuse aux problèmes posés par la législation antérieure. En sa qualité d'étranger, l'enfant né à l'étranger avant le 15 février 1977 du mariage de leur mère canadienne est traité sur le même pied que les autres étrangers. À vrai dire, on lui réserve même un traitement préférentiel par rapport à ces derniers. Il ne lui est pas néces-

(Suite de la page précédente)

La citoyenneté est une caractéristique qui, normalement, ne relève pas du contrôle de l'individu et, dans ce sens, elle est immuable. La citoyenneté est, temporairement du moins, une caractéristique personnelle qu'on ne peut modifier par un acte volontaire et qu'on ne peut, dans certains cas, modifier qu'à un prix inacceptable.

<sup>18</sup> Dossier d'appel, à la p. 42.

at least three years within the four years immediately preceding the date of their application.<sup>19</sup>

Whether section 22 of the 1977 Citizenship Act is discriminatory and contrary to section 15 of the Charter

The appellant contends also that the prohibition against the granting of citizenship to criminals pursuant to section 22 of the 1977 Act is discriminatory.<sup>20</sup> In other words, he submits that criminals born outside of Canada to a married Canadian mother ought to be treated in the same way as criminals born outside of Canada to a Canadian father. These criminals ought to be granted citizenship and you cannot grant it to one category, those with a paternal link, and not to the others who have a maternal link.

The appellant may be right in his submission if both categories of children who have later become criminals are Canadian citizens. However, section 22 is of no assistance to the appellant because it begs the very question that this Court is called upon to decide: are children born outside Canada to a married Canadian mother Canadian citizens or aliens? Section 22 applies to aliens. If the appellant is not an alien, the section does not apply. If, on the contrary, he is an alien, then he is caught by it. It is no doubt proper for Parliament to refuse to admit in Canada aliens with a criminal record or who display a criminal behavior. In the case of *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>21</sup> Sopinka J. wrote:

Thus, in determining the scope of principles of fundamental justice as they apply to this case, the Court must look to the principles and policies underlying immigration law. The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country. At common law an alien has no right to enter or remain in the country: *R. v. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All

<sup>19</sup> See s. 5(1)(b) of the 1977 *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29.

<sup>20</sup> R.S.C., 1985, c. C-29, s. 22, see the text of the section reproduced in the reasons of Linden J.A.

<sup>21</sup> [1992] 1 S.C.R. 711.

saire d'être légalement admis au Canada à titre de résident permanent, ni d'y avoir résidé au moins trois ans au cours des quatre années précédant la date de sa demande<sup>19</sup>.

a

L'article 22 de la Loi sur la citoyenneté de 1977 est-il discriminatoire et contraire à l'article 15 de la Charte?

b

L'appelant soutient que l'interdiction d'accorder la citoyenneté aux criminels, que prévoit l'article 22 de la Loi de 1977, est discriminatoire<sup>20</sup>. En d'autres termes, que le criminel né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne doit être traité sur le même pied que le criminel né à l'étranger de père canadien. Qu'il faut accorder la citoyenneté aux criminels de la première catégorie, et qu'on ne peut l'accorder à ceux qui se réclament de leur filiation paternelle tout en la refusant à ceux qui se réclament de leur filiation maternelle.

c

d

L'argument de l'appelant serait fondé si les enfants de l'une et l'autre catégories qui sont subséquentement devenus criminels étaient citoyens canadiens. L'article 22 ne lui est cependant d'aucun secours car il oblige à poser la question même que la Cour doit trancher: l'enfant né à l'étranger du mariage de sa mère canadienne est-il un citoyen canadien ou un étranger? L'article 22 s'applique aux étrangers. Si l'appelant n'est pas un étranger, cet article ne s'applique pas à son égard. Si, au contraire, il en est un, il tombe dans son champ d'application. Il est indubitable que le législateur est fondé à refuser d'admettre au Canada des étrangers qui ont un casier judiciaire ou qui manifestent un comportement criminel. Dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>21</sup>, le juge Sopinka a tiré cette conclusion:

e

f

g

h

Donc, pour déterminer la portée des principes de justice fondamentale en tant qu'ils s'appliquent en l'espèce, la Cour doit tenir compte des principes et des politiques qui sous-tendent le droit de l'immigration. Or, le principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer. En common law, les étrangers ne jouissent pas du droit d'entrer au pays ou

<sup>19</sup> Voir l'art. 5(1)(b) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, L.R.C. (1985), ch. C-29.

<sup>20</sup> L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 22, texte reproduit dans les motifs de jugement prononcés par le juge Linden, J.C.A.

<sup>21</sup> [1992] 1 R.C.S. 711.

E.R. 741; *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376.

La Forest J. recently reiterated this principle in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, *supra*, at p. 834:

The Government has the right and duty to keep out and to expel aliens from this country if it considers it advisable to do so. This right, of course, exists independently of extradition. If an alien known to have a serious criminal record attempted to enter into Canada, he could be refused admission. And by the same token, he could be deported once he entered Canada.

If it were otherwise, Canada could become a haven for criminals and others whom we legitimately do not wish to have among us.

One of the conditions Parliament has imposed on a permanent resident's right to remain in Canada is that he or she not be convicted of an offence for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed. This condition represents a legitimate, non-arbitrary choice by Parliament of a situation in which it is not in the public interest to allow a non-citizen to remain in the country.<sup>22</sup>

It is all the more so when it comes to the granting of citizenship which is, for instance, for an alien who has been lawfully admitted to Canada for permanent residence, the culmination of his journey toward becoming a national of Canada. In the present case, the appellant is an alien and the validly enacted section 22 of the 1977 *Citizenship Act* applies to him.

### Conclusion

For these reasons, I would dismiss this appeal with costs.

d'y demeurer: *R. c. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All E.R. 741; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376.

Le juge La Forest a répété ce principe dans l'arrêt récent *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, à la p. 834:

Le gouvernement a le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos. Évidemment, ce droit existe indépendamment de l'extradition. Si un étranger dont le dossier criminel grave est notoire tente d'entrer au Canada, on peut lui refuser l'entrée. De la même façon, il pourrait être déporté une fois entré au Canada.

S'il en était autrement, le Canada pourrait devenir un refuge pour les criminels et les autres personnes que, légitimement, nous ne voulons pas avoir parmi nous.

L'une des conditions auxquelles le législateur fédéral a assujéti le droit d'un résident permanent de demeurer au Canada est qu'il ne soit pas déclaré coupable d'une infraction punissable d'au moins cinq ans de prison. Cette condition traduit un choix légitime et non arbitraire fait par le législateur d'un cas où il n'est pas dans l'intérêt public de permettre à un non-citoyen de rester au pays.<sup>22</sup>

Ce choix est d'autant plus légitime pour ce qui est de l'octroi de la citoyenneté, qui est, pour un étranger légalement admis au Canada à titre de résident permanent, le couronnement de son cheminement vers la qualité de citoyen du Canada. En l'espèce, l'appelant est un étranger, et l'article 22, validement adopté, de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, s'applique à son égard.

### Conclusion

Par ces motifs, je me prononce pour le rejet de l'appel avec dépens.

<sup>22</sup> *Id.*, at pp. 733-734.

<sup>22</sup> *Id.*, aux p. 733 et 734.

A-746-91

**Jose Rodolfo Moreno and Edith Francisca Parada Sanchez** (*Appellants*)

v.

**The Minister of Employment and Immigration** (*Respondent*)

*INDEXED AS: MORENO v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney, Robertson and McDonald J.J.A.—Toronto, June 4; Ottawa, September 2; Vancouver, September 14, 1993.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention refugees — Appeal from rejection of refugee claims based on exclusion clause in United Nations Convention — Board having “serious reasons for considering” male appellant, forcibly recruited into Salvadoran army at sixteen, committed crimes against humanity during military service — Degree of complicity, standard of proof at issue — Acts or omissions amounting to passive acquiescence not sufficient basis for invoking exclusion clause — Requisite element of mens rea lacking — Board also erred in dealing with female appellant’s claim by failing to determine whether male appellant Convention refugee but for crimes against humanity.*

This was an appeal from the rejection by the Immigration and Refugee Board of the appellants’ refugee claims based on the application of the exclusion clause contained in the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees. In early 1988, while serving in the Salvadoran army, into which he had been forcibly recruited at age sixteen, the appellant was ordered on one occasion to guard a prisoner who had been taken for questioning; he observed acts of torture during the interrogation but did not intervene because he thought he would be killed if he did. Soon after, he deserted the army and fled El Salvador. In applying the exclusion clause, the Board found that there were “serious reasons for considering” that the appellant had committed crimes against humanity during the four months he served in the Salvadoran army. According to the Board, the evidence was overwhelming that the appellant was actively engaged in the killing of civilians and in military activities not permissible by international law. The Court had to deal with the following issues: whether the Board erred in law 1) by failing to adopt a narrow construction of the exclusion clause; 2) by failing to apply the proper standard of proof; 3) by making erroneous findings of fact and credibility; 4) by determining that the male appellant’s acts or omissions amounted to a crime against humanity; 5) by failing to determine the male appellant’s eligibility under the inclusion clause

A-746-91

**Jose Rodolfo Moreno et Edith Francisca Parada Sanchez** (*appelants*)

a c.

**Le ministre de l’Emploi et de l’Immigration** (*intimé*)

*RÉPERTORIÉ: MORENO c. CANADA (MINISTRE DE L’EMPLOI ET DE L’IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d’appel, juges Mahoney, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 4 juin; Ottawa, 2 septembre; Vancouver, 14 septembre 1993.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — Appel à l’encontre du rejet de revendications du statut de réfugié fondé sur la disposition d’exclusion attachée à la Convention des Nations Unies — La Commission avait «des raisons sérieuses de penser» que l’appelant, qui avait été recruté contre son gré par l’armée salvadorienne à l’âge de seize ans, avait commis des crimes contre l’humanité au cours de son service militaire — Le degré de complicité et la norme de preuve sont en litige — Les actes ou les omissions qui équivalent à un acquiescement passif ne permettent pas d’invoquer la disposition d’exclusion — L’élément de mens rea requis fait défaut — La Commission a également commis une erreur dans son appréciation de la revendication de l’appelante en ne décidant pas si l’appelant aurait été un réfugié au sens de la Convention n’eussent été des crimes contre l’humanité.*

Il s’agit d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté les revendications du statut de réfugié des appelants en raison de l’applicabilité de la disposition d’exclusion attachée à la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. Au début de 1988, l’appelant, qui servait alors dans l’armée salvadorienne, par laquelle il avait été recruté contre son gré à l’âge de seize ans, a reçu l’ordre de monter la garde d’un prisonnier amené pour être interrogé. Il a été témoin d’actes de torture commis au cours de l’interrogatoire, mais il n’est pas intervenu parce qu’il croyait qu’il aurait été tué s’il avait tenté de s’interposer. Il a déserté l’armée peu après et il a fui le Salvador. En appliquant la disposition d’exclusion, la Commission a conclu qu’elle avait «des raisons sérieuses de penser» que l’appelant avait commis des crimes contre l’humanité au cours de son service de quatre mois dans l’armée salvadorienne. Selon la Commission, il existe une preuve accablante de la participation active du demandeur au massacre de civils et à des activités militaires qui ne sont pas permises en vertu du droit international. La Cour a dû se prononcer sur les questions suivantes: la Commission a-t-elle commis une erreur de droit 1) en n’interprétant pas de façon restrictive la disposition d’exclusion? 2) en n’appliquant pas la norme de preuve appropriée? 3) en tirant des conclusions de fait et de crédibilité erro-

and 6) by applying the exclusion clause to the refugee claim of the female appellant.

*Held*, the appeal should be allowed.

1) All of the leading commentators and the UNHCR Handbook are in favour of a narrow construction of the exclusion clause in view of the possible persecution awaiting persons who might otherwise be declared Convention refugees. The application of the exclusion clause should be approached by reference to Federal Court case law and to the clear intent of the signatories to the Convention. Where there is an unresolved ambiguity or issue, the construction most agreeable to justice and reason must prevail.

2) The applicability of the exclusion clause does not depend on whether a claimant has been charged or convicted of the acts set out in the Convention. The Minister's burden is merely to meet the standard of proof embraced by the term "serious reasons for considering". The "less-than-civil-law" standard, referred to by this Court in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, is one well below that required under either the criminal law (beyond a reasonable doubt) or the civil law (on a balance of probabilities or preponderance of evidence); that standard is consistent with the intent of the signatories to the Convention who were adamant that international protection be unavailable to war criminals. The requisite standard of proof comes into legal play only when the tribunal is called on to make determinations which can be classified as questions of fact. The "less-than-civil-law" standard is irrelevant when the issue being addressed is essentially a question of law. For instance, it is a question of fact whether the appellant or members of his platoon killed civilians, or whether the appellant stood guard during the torture of a prisoner. But whether the act of killing civilians by military personnel can be classified as a crime against humanity is a question of law which must be decided in accordance with legal principles rather than by reference to a standard of proof.

3) Where the credibility of the claimant is in issue, the Board is under an obligation to give reasons, in clear and unmistakable terms, in support of its finding. In the instant case, the credibility of the appellant was not doubted except for three instances where the Board found inconsistencies or contradictions. Evidence concerning the appellant's well-founded fear of persecution with respect to the inconsistencies identified by the Board was inconclusive. There was no other evidence than the personal information form (PIF) to substantiate the Board's determination that the appellant was involved, either directly or indirectly, in the killing of civilians. Little or no weight could be given to the PIF in regard to the appellant's participation in what could otherwise be clearly recognized as acts amounting to crimes against humanity. The PIF standing

nées? 4) en concluant que les actes ou les omissions de l'appelant constituaient un crime contre l'humanité? 5) en ne se prononçant pas sur l'admissibilité de l'appelant dans le cadre de la disposition d'inclusion? 6) en appliquant la disposition d'exclusion à la revendication du statut de réfugié de l'appelante?

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

1) Tous les auteurs reconnus de même que le Guide du HCNUR favorisent une interprétation restrictive de la disposition d'exclusion, étant donné le risque de persécution auquel sont soumis ceux qui pourraient par ailleurs être déclarés réfugiés au sens de la Convention. Il faudrait considérer l'application de la disposition d'exclusion en tenant compte de la jurisprudence de la Cour fédérale, puis de l'intention manifeste des signataires de la Convention. Lorsqu'il existe une ambiguïté ou une question non résolue, l'interprétation la plus conforme à la justice et à la raison doit prévaloir.

2) L'applicabilité de la disposition d'exclusion ne repose pas sur la question de savoir si le demandeur a été accusé ou déclaré coupable des actes prévus dans la Convention. Le ministre doit seulement se conformer à la norme de preuve comprise dans l'expression «raisons sérieuses de penser». La norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil invoquée par cette Cour dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* est bien inférieure à celle qui est requise dans le cadre du droit criminel («hors de tout doute raisonnable») ou du droit civil («selon la prépondérance des probabilités» ou «prépondérance de preuve»); cette norme est conforme à l'intention des signataires de la Convention, qui tenaient fermement à ce qu'aucune protection internationale ne soit offerte aux criminels de guerre. La norme de preuve requise n'est pertinente en droit que lorsque le tribunal est appelé à rendre des décisions qui peuvent être qualifiées de questions de fait. La norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil n'est pas pertinente lorsque la question examinée est essentiellement une question de droit. Par exemple, les questions de savoir si l'appelant ou des membres de son peloton ont tué des civils ou si l'appelant a monté la garde pendant qu'un prisonnier était torturé sont des questions de fait. Mais la question de savoir si le meurtre de civils par le personnel militaire peut être qualifié de crime contre l'humanité est une question de droit qui doit être tranchée conformément aux principes juridiques plutôt que par référence à une norme de preuve.

3) Si la crédibilité du demandeur est en cause, la Commission est tenue de motiver sa conclusion dans des termes clairs et nets. Dans la présente affaire, la crédibilité de l'appelant n'a été mise en doute que dans trois cas où la Commission a décelé des incompatibilités ou des contradictions. La preuve qui porte sur la crainte bien fondée de l'appelant d'être persécuté, compte tenu des incompatibilités décelées par la Commission, n'était pas déterminante. Il n'y a, à l'exception de la Fiche de renseignements personnels (FRP), aucune autre preuve qui étaye la conclusion de la Commission que l'appelant était impliqué, directement ou indirectement, dans le meurtre de civils. Il ne peut être accordé que peu ou pas de poids à la FRP en ce qui concerne la participation de l'appelant à ce qui peut par ailleurs être clairement reconnu comme un crime contre

by itself did not meet the "serious reasons for considering" standard. All of the appellant's evidence was internally consistent. His testimony did not, by any stretch of the imagination, render it "pellucidly clear" that either himself or his platoon was involved in the killing of civilians during the twenty-day period. Nor could it be said that the evidence was "overwhelm-

4) Mere membership in an organization involved in international offences is not sufficient basis on which to invoke the exclusion clause. Therefore, the appellant's membership in a military organization responsible for inhumane acts against members of the civilian population was not, in and of itself, sufficient justification for invoking the exclusion clause. In other words, the appellant could not be found "guilty by association". The question whether the appellant's participation as a guard in the torture of a prisoner was a sufficient basis to deem him an "accomplice" and therefore subject to the application of the exclusion clause is premised upon the understanding that an "accomplice" is as culpable as the "principal". The appellant's acts or omissions would not be sufficient to attract criminal liability as a matter of law. He did not possess any prior knowledge of the acts of torture to be perpetrated. Nor could it be said that he rendered any direct assistance or encouraged his superior officers in the commission of an international crime. Acts or omissions amounting to passive acquiescence are not a sufficient basis for invoking the exclusion clause. Personal involvement in persecutorial acts must be established. A person forcibly conscripted into the military, and who on one occasion witnessed the torture of a prisoner while on assigned guard duty, cannot be considered at law to have committed a crime against humanity. There was no evidence supporting the existence of a shared common purpose as between "principal" and "accomplice". The evidence did establish that the appellant disassociated himself from the actual perpetrators by deserting the army within a relatively short period after his forceable enlistment. His presence at the scene of the crime was tantamount to an act of passive acquiescence. The requisite element of *mens rea* was lacking. There was no legal basis on which to rest the application of the exclusion clause.

5) There are three reasons why the Board should have made a determination with respect to the appellant's refugee claim notwithstanding its decision to apply the exclusion clause. First, as a practical matter, it is extremely difficult to separate the grounds on which a claimant bases his or her refugee claim from the circumstances which might give rise to the application of the exclusion clause. Second, in the event that the Board erred with respect to the application of the exclusion clause but also ruled on the application of the inclusion clause, it may be unnecessary to refer the matter back to the Board. Third, it may well be that, in cases of spousal and dependent refugee claims, the Board will be legally obligated to rule on the refugee claim irrespective of the applicability of the exclusion clause.

l'humanité. À elle seule la FRP ne satisfait pas à la norme relative aux «raisons sérieuses de penser». Le témoignage de l'appellant était logique en lui-même. Même en faisant un grand effort d'imagination, il n'est pas «parfaitement clair» selon le témoignage que l'appellant ou son peloton étaient impliqués dans le meurtre de civils au cours de la période de vingt jours. On ne peut non plus affirmer que la preuve était «accablante».

4) La simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux ne permet pas d'invoquer la disposition d'exclusion. Par conséquent, l'appartenance de l'appellant à une organisation militaire qui commet des actes inhumains envers la population civile ne suffit pas en elle-même pour que l'on puisse invoquer la disposition d'exclusion. En d'autres termes, l'appellant n'est pas «coupable par association». La question de savoir si la participation de l'appellant à titre de gardien au cours de la torture d'un prisonnier permet de présumer qu'il était un «complice», et qu'il est de ce fait visé par l'application de la disposition d'exclusion, suppose que l'on convienne que le «complice» est aussi coupable que l'«auteur». Les actes ou omissions de l'appellant ne suffiraient pas en droit pour entraîner sa responsabilité criminelle. L'appellant n'avait aucune connaissance préalable des actes de torture qui devaient être perpétrés. On ne peut non plus affirmer qu'il a aidé directement ses officiers supérieurs ou les a encouragés à perpétrer un crime international. Les actes ou les omissions qui équivalent à un acquiescement passif ne permettent pas d'invoquer la disposition d'exclusion. Il faut établir une participation personnelle aux actes de persécution. Une personne recrutée contre son gré dans l'armée, et qui à une occasion a été témoin de la torture d'un prisonnier alors qu'elle était affectée à la garde de celui-ci, ne peut être considérée en droit comme ayant commis un crime contre l'humanité. Il n'y avait aucune preuve étayant l'existence d'un dessein commun, comme celui que partagent l'«auteur» et le «complice». La preuve établit en fait que l'appellant s'est dissocié des véritables auteurs en désertant l'armée dans un délai plutôt bref après avoir été recruté contre son gré. Sa présence sur les lieux du crime équivaut à un acte d'acquiescement passif. L'élément de *mens rea* requis fait tout simplement défaut. Il n'y a aucun fondement juridique sur lequel puisse se fonder l'application de la disposition d'exclusion.

5) Il aurait été préférable que la Commission se prononce à l'égard de la revendication du statut de réfugié de l'appellant malgré sa décision d'appliquer la disposition d'exclusion, et ce, pour trois raisons. D'une part, du point de vue pratique, il est extrêmement difficile de distinguer les motifs sur lesquels le demandeur fonde sa revendication du statut de réfugié des circonstances qui pourraient entraîner l'application de la disposition d'exclusion. D'autre part, si la Commission commet une erreur relativement à l'application de la disposition d'exclusion, mais qu'elle se prononce également sur l'application de la disposition d'inclusion, il peut être inutile de lui renvoyer l'affaire. Enfin, il se peut fort bien que, dans le cas des revendications de statut de réfugié d'un conjoint et d'une personne à charge, la Commission soit légalement tenue de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié, sans tenir compte de l'applicabilité de la disposition d'exclusion.

6) The Board erred in law in concluding that, as the female appellant's claim was made dependent on that of her husband, it too should fail as a result of the application of the exclusion clause. Had the Board determined that the male appellant would have been declared a Convention refugee but for the exclusion clause and had it been correct in so determining, there would have been no legal justification for denying the female appellant's claim. The issue of whether there are "serious reasons for considering" that a claimant has committed crimes against humanity has no bearing on the refugee claim of a spouse and dependants who have neither directly nor indirectly participated in such crimes. The Board erred in law by failing to determine whether, for the purpose of evaluating the female appellant's dependant refugee claim, the male appellant would have been declared a Convention refugee.

6) La Commission a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que, la revendication de l'appelante ayant été faite en fonction de celle de son époux, elle devrait également être rejetée du fait de l'application de la disposition d'exclusion. Si la Commission avait décidé que l'appelant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été l'applicabilité de la disposition d'exclusion et si elle n'avait commis aucune erreur à cet égard, il n'y aurait aucun motif juridique justifiant de rejeter la revendication de l'appelante. La question de savoir s'il existe des «raisons sérieuses de penser» que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité n'a aucun rapport avec la revendication du statut de réfugié de la conjointe et des personnes à charge qui n'ont jamais participé, directement ou indirectement, à de tels crimes. La Commission a commis une erreur de droit en ne décidant pas si, pour les fins de l'appréciation de la revendication du statut de réfugié de l'appelante à titre de personne à charge, l'appelant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.  
*Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2, s. 5(f).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1 (F).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881; (1979), 27 N.R. 153; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; (1987), 68 Nfld & P.E.I.R. 281; 47 D.L.R. (4th) 399; 209 A.P.R. 281; 39 C.C.C. (3d) 118; 60 C.R. (3d) 289; 32 C.R.R. 18; 81 N.R. 115; 10 Q.A.C. 161.

##### APPLIED:

*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.) (as to degree of complicity and standard of proof); *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986).

##### DISTINGUISHED:

*Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.) (as to facts relevant to the appellant's refugee claim).

##### CONSIDERED:

*Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11d).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.  
*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1 (F).  
*Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-2, art. 5f).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881; (1979), 27 N.R. 153; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; (1987), 68 Nfld & P.E.I.R. 281; 47 D.L.R. (4th) 399; 209 A.P.R. 281; 39 C.C.C. (3d) 118; 60 C.R. (3d) 289; 32 C.R.R. 18; 81 N.R. 115; 10 Q.A.C. 161.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.) (quant au degré de complicité et à la norme de preuve); *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306; (1992), 89 D.L.R. (4th) 173; 135 N.R. 390 (C.A.) (quant aux faits pertinents relativement à la revendication du statut de réfugié de l'appelant).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216; (1975), 54 D.L.R. (3d) 277; 7 N.R. 271 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet*, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.); *Re K. (Y.P.)*, [1991] C.R.D.D. No. 672 (Q.L.) (also referred to as *Sivakumar v. M.E.I.*); *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (1981); *Ababio v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 174; 90 N.R. 28 (F.C.A.); *Rahman v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 170 (F.C.A.); *Armson v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150; 101 N.R. 372 (F.C.A.); *Sebaratnam v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 264; 131 N.R. 158 (F.C.A.); *Hilo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Musial v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.); *Padilla v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.); *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.); *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427 (9th Cir. 1985); *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (F.C.T.D.); *Cruz v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (I.A.B.); *Ummamed v. M.E.I.*, T89-00198, decision dated 11/7/89, I.R.B. (Ref. Div.), not reported; *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.); *Djama v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-738-90, Marceau J.A., judgment dated 5/6/92, F.C.A., not yet reported; *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51; 129 N.R. 396 (F.C.A.); *Velose*, 79-1017, decision dated 24/8/79, I.A.B., not reported; *Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-266-91, Marceau, Desjardins and Létourneau J.J.A., judgment dated 13/5/93, F.C.A., not yet reported; *Giraud v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-1080-82, decision dated 10/11/82, F.C.A., no reasons rendered.

## AUTHORS CITED

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Jaffe, Louis L. *Judicial Control of Administrative Action*. Boston: Little, Brown and Co., 1965.

*Salmond on Jurisprudence*, 12th ed. by P.J. Fitzgerald. London: Sweet & Maxwell, 1966.

United Nations High Commissioner for Refugees Legal Project in Canada, Paper 5.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.); *Re K. (Y.P.)*, [1991] C.R.D.D. No. 672 (Q.L.) (également cité sous *Sivakumar c. M.E.I.*); *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (1981); *Ababio c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 174; 90 N.R. 28 (C.A.F.); *Rahman c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 170 (C.A.F.); *Armson c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150; 101 N.R. 372 (C.A.F.); *Sebaratnam c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 264; 131 N.R. 158 (C.A.F.); *Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199; 130 N.R. 236 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; (1993), 103 D.L.R. (4th) 1; 153 N.R. 321; *Musial c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 1 C.F. 290; (1981), 38 N.R. 55 (C.A.); *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.); *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.); *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427 (9th Cir. 1985); *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161; 11 Imm. L.R. (2d) 92 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (C.A.I.); *Personne non nommée c. M.E.I.*, T89-00198, décision en date du 11-7-89, C.I.S.R. (S.S.R.), inédite; *Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.); *Djama c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-738-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5-6-92, C.A.F., encore inédit; *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51; 129 N.R. 396 (C.A.F.); *Velose*, 79-1017, décision en date du 24-8-79, C.A.I., inédite; *Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-266-91, juges Marceau, Desjardins et Létourneau, J.C.A., jugement en date du 13-5-93, C.A.F., encore inédit; *Giraud c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-1080-82, décision en date du 10-11-82, C.A.F., aucun motif prononcé.

## DOCTRINE

Bassiouni, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1992.

Goodwin-Gill, Guy S. *The Refugee in International Law*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

Hathaway, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworths, 1991.

Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés Legal Project in Canada, document 5.

Jaffe, Louis L. *Judicial Control of Administrative Action*. Boston: Little, Brown and Co., 1965.

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à*



United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, January 1988.

Wade, H.W.R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: a Clarendon Press, 1988.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1992.

*appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, septembre 1979.

*Salmond on Jurisprudence*, 12th ed. by P.J. Fitzgerald. London: Sweet & Maxwell, 1966.

Wade, H.W.R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a decision of the Immigration and Refugee Board ([1991] C.R.D.D. No. 783 (Q.L.)) rejecting the appellants' refugee claims because of the applicability of the exclusion clause contained in the United Nations Convention Relating to the Status of Refugees. Appeal allowed.

<sup>b</sup> APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié ([1991] D.S.S.R. No. 783 (Q.L.)) qui a rejeté les revendications du statut de réfugié des appelants en raison de l'applicabilité de la disposition d'exclusion attachée à la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés. Appel accueilli.

COUNSEL:

*Barbara L. Jackman* for appellants.  
*Claire A. Le Riche* for respondent.

AVOCATS:

<sup>d</sup> *Barbara L. Jackman* pour les appelants.  
*Claire A. Le Riche* pour l'intimé.

SOLICITORS:

*Hoppe, Jackman*, Toronto, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

PROCUREURS:

<sup>e</sup> *Hoppe, Jackman*, Toronto, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

<sup>f</sup> *Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

ROBERTSON J.A.: This appeal is from a decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board (the "Board") [[1991] C.R.D.D. No. 783 (Q.L.)] rejecting the refugee claims of the appellants, citizens of El Salvador, because of the applicability of the exclusion clause appended to the definition of "Convention refugee". That definition is set out in subsection 2(1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended <sup>h</sup> R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1, (the "Act") and reads as follows:

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Il s'agit d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la «Commission») [[1991] D.S.S.R. n° 783 (Q.L.)] a rejeté les revendications du statut de réfugié des appelants, citoyens du Salvador, en raison de l'applicabilité de la disposition d'exclusion attachée à la définition de l'expression «réfugié au sens de la Convention». Cette définition figure au paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, modifié par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1, (la «Loi»), dont voici le libellé:

2. . . .

<sup>i</sup> 2. . . .

"Convention refugee" means any person who

<sup>i</sup> «réfugié au sens de la Convention» Toute personne:

(a) by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

a) qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques:

(i) is outside the country of the person's nationality and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country, or

(i) soit se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) not having a country of nationality, is outside the country of the person's former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, is unwilling to return to that country, and

(b) has not ceased to be a Convention refugee by virtue of subsection (2),

but does not include any person to whom the Convention does not apply pursuant to section E or F of Article 1 thereof, which sections are set out in the schedule to this Act; [Emphasis added.]

The relevant part of section F of Article 1 of the Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951 [1969] Can. T.S. No. 6] provides:

F. The provisions of this Convention shall not apply to any person with respect to whom there are serious reasons for considering that:

(a) he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes; [Emphasis added.]

The application of the exclusion clause was premised on the Board's finding that there were "serious reasons for considering" that Mr. Moreno (the "appellant") had committed crimes against humanity during the four months he served in the Salvadoran army. The degree of complicity and the standard of proof which would justify the exclusion of those who might otherwise be declared Convention refugees are matters of fundamental significance to this appeal.

### FACTS

In early January, 1988, the appellant, having just completed grade nine, was forcibly recruited into the Salvadoran army. He was sixteen years old. The appellant spent three of his four months of service immersed in the army's training program. Throughout this training period he was regularly assigned to general guard duty. On one such occasion, he was required to stand watch outside of a prisoner's cell—a cell to which the appellant had not been given a key. Near the end of his watch, two armed lieutenants arrived and began to interrogate the prisoner. The prisoner's failure to provide suitable responses to questions posed by his interrogators resulted in acts of torture. The prisoner's fingertips were sliced, portions of his ears were removed and his cheek slashed.

(ii) soit si elle n'a pas de nationalité et se trouvent hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ou, en raison de cette crainte, ne veut y retourner;

b) n'a pas perdu son statut de réfugié au sens de la Convention en application du paragraphe (2);

Sont exclues de la présente définition les personnes soustraites à l'application de la Convention par les sections E ou F de l'article premier de celle-ci dont le texte est reproduit à l'annexe de la présente loi; [C'est moi qui souligne.]

La partie pertinente de la section F de l'article premier de la Convention [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] prévoit ce qui suit:

F. Les dispositions de cette Convention ne seront pas applicables aux personnes dont on aura des raisons sérieuses de penser:

a) Qu'elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l'humanité, au sens des instruments internationaux élaborés pour prévoir des dispositions relatives à ces crimes; [C'est moi qui souligne.]

L'application de la disposition d'exclusion se fonde sur la conclusion de la Commission qu'il existait «des raisons sérieuses de penser» que M. Moreno (l'«appellant») avait commis des crimes contre l'humanité au cours de son service de quatre mois dans l'armée salvadorienne. Le degré de complicité et la norme de preuve qui justifieraient l'exclusion de ceux qui pourraient par ailleurs être déclarés réfugiés au sens de la Convention ont une importance fondamentale dans le présent appel.

### LES FAITS

Au début de janvier 1988, l'appellant, qui venait de terminer sa neuvième année, a été recruté contre son gré dans l'armée salvadorienne. Il avait alors seize ans. L'appellant a consacré trois de ses quatre mois de service au programme d'entraînement de l'armée. Pendant son entraînement, il a été régulièrement affecté à des fonctions générales de garde. Il lui est alors arrivé à une occasion de devoir monter la garde à l'extérieur de la cellule d'un prisonnier, cellule dont on ne lui avait pas confié la clef. Vers la fin de son tour de garde, deux lieutenants armés sont arrivés et ont commencé à interroger le prisonnier. Ce dernier ne répondant pas de façon jugée acceptable aux questions qui lui étaient posées, il fut torturé par ses interrogateurs. Le bout de ses doigts a été coupé, des par-

The appellant witnessed these acts but rendered no assistance. The appellant testified that he believed he would have been killed had he done so. He learned from other recruits that the prisoner had been taken away later that night and killed.

Following the expiration of the three-month training period, the appellant went home on a two-day leave of absence. Upon his return to military service, he participated in five armed confrontations with guerrilla forces over a twenty-day period. It is common ground that, as part of their military training, recruits pledge their willingness to kill all guerrillas, as well as civilians believed to be guerrilla supporters. The appellant testified that a failure to respond accordingly would have resulted in his death.

Immediately following the military campaign against guerrilla forces, the appellant was granted a three-day leave. He returned home to find that money which he had requested from his siblings in the United States had arrived. On the next day, May 5, 1988, the appellant deserted the army and together with his pregnant wife fled El Salvador. He was then seventeen years old.

The appellant challenges the remaining findings relevant to this appeal. The Board found two inconsistencies in the appellant's testimony concerning the timing of his decision to desert the army and his reasons for doing so. The Board also concluded that during the confrontations with guerrilla forces the appellant, either alone or in concert with members of his platoon, participated in the killing of civilians. These matters are dealt with below.

#### THE BOARD'S DECISION

The Board condemned the appellant's failure to assist the prisoner in the following terms (Appeal Book, at page 242):

He showed no mercy to those whose misfortune it was to be captured. He stood in silence and witnessed the horrors of torture being administered to prisoners who were shot after their interrogation had ended.

This determination, together with the finding that the appellant had either killed or participated in the killing of civilians, led the Board to conclude that the

ties de ses oreilles ont été tranchées et sa joue a été tailladée. L'appelant a été témoin de ces actes, et il n'a offert aucun secours. Il a témoigné qu'il croyait qu'il aurait été tué s'il avait tenté de s'interposer. Il a appris des autres recrues que, plus tard cette nuit-là, le prisonnier avait été amené et tué.

À l'expiration de la période d'entraînement de trois mois, l'appelant, qui bénéficiait d'une permission de deux jours, est retourné chez lui. À son retour dans l'armée, il a participé pendant une période de vingt jours à cinq affrontements armés contre les forces de la guérilla. Chacun sait que, dans le cadre de leur entraînement militaire, les recrues jurent de tuer tous les guérilleros, de même que les civils que l'on soupçonne en être partisans. L'appelant a témoigné que, s'il n'avait pas agi de la sorte, il aurait été tué.

Immédiatement après la campagne militaire contre les forces de la guérilla, l'appelant a reçu une permission de trois jours. De retour chez lui, il a constaté que l'aide financière qu'il avait demandée à ses frère et sœur aux États-Unis lui était parvenue. Le jour suivant, soit le 5 mai 1988, l'appelant a déserté l'armée et, en compagnie de son épouse alors enceinte, il a fui le Salvador. Il était âgé de dix-sept ans.

L'appelant conteste les autres conclusions qui sont pertinentes quant au présent appel. La Commission a décelé dans le témoignage de l'appelant deux incompatibilités concernant le moment où il a décidé de désertier l'armée et les motifs qui l'ont animé. La Commission a également conclu qu'au cours des affrontements avec les forces de la guérilla, l'appelant, soit seul ou en compagnie d'autres membres de son peloton, a participé aux meurtres de civils. Ces points seront étudiés plus loin.

#### LA DÉCISION DE LA COMMISSION

La Commission a, dans les termes suivants, reproché à l'appelant de ne pas être venu en aide au prisonnier (dossier d'appel, page 242):

Le demandeur n'a démontré aucune pitié pour ceux qui ont eu la malchance d'être capturés. Il a gardé le silence et a été témoin des horribles tortures qui ont été infligées aux prisonniers, qui étaient exécutés après leur interrogatoire.

Cette conclusion, jointe à celle que l'appelant avait soit tué des civils, soit participé à leur meurtre, a amené la Commission à conclure que l'appelant est

appellant is a person to whom the definition of Convention refugee does not apply (Appeal Book, at page 240):

Although the claimant attempted to deny his participation in atrocities against civilians, it is pellucidly clear from his testimony . . . that he was actively engaged in the killing of civilians . . .

And at page 242:

The evidence is overwhelming that the claimant participated in military activities not permissible by international law.

The Board made no express finding as to whether the appellant would have been declared a Convention refugee were it not for the application of the exclusion clause. It did conclude, however, that it was unnecessary for it to balance the nature of the crimes against humanity committed by the appellant against the fate that awaited him and his spouse if returned to El Salvador. Its reasoning on this point is succinct (Appeal Book, at page 241):

There is no discretionary power conferred on the Refugee Division to weigh the nature of the offence under consideration with the fate of the claimant, however grave, should he return to his country.

With respect to the refugee claim of the appellant's spouse, Ms. Sanchez (the "female appellant"), the Board noted that she had not advanced any grounds of persecution independent of those advanced by her spouse. Accordingly, it reasoned that the exclusion clause also applied to her refugee claim. As the arguments underscoring her appeal did not mirror those of her spouse, they will be considered separately.

### ISSUES

Thirteen issues were raised in written submissions. Virtually all were thoroughly canvassed by counsel during the two-day hearing. The following, in my view, represent those salient to the disposition of this appeal.

(A) Did the Board err in law by failing to adopt a narrow construction of the exclusion clause?

une personne à laquelle la définition de réfugié au sens de la Convention ne s'applique pas (dossier d'appel, page 240):

Bien que le demandeur ait essayé de nier sa participation aux atrocités commises à l'endroit des civils, selon son témoignage, il est parfaitement clair . . . qu'il avait participé de façon active au massacre des civils . . .

Et à la page 242:

Il existe une preuve accablante de la participation du demandeur à des activités militaires qui ne sont pas permises en vertu du droit international.

La Commission n'a tiré aucune conclusion expresse quant à savoir si l'appellant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été de l'application de la disposition d'exclusion. Elle a toutefois conclu qu'il n'y avait pas lieu d'apprécier la nature des crimes contre l'humanité commis par l'appellant par rapport au sort qui les attendait, lui et son épouse, s'ils devaient retourner au Salvador. Son raisonnement à cet égard est succinct (dossier d'appel, page 241):

La Section du statut de réfugié n'a aucun pouvoir discrétionnaire pour évaluer la nature d'une offense en prenant en considération le sort du demandeur quelle que soit la gravité de sa situation s'il devait retourner dans son pays.

En ce qui concerne la revendication du statut de réfugié de l'épouse de l'appellant, Mme Sanchez (l'«appelante»), la Commission a signalé que celle-ci n'avait allégué aucun motif de persécution distinct de ceux allégués par son époux. Elle a par conséquent conclu que la disposition d'exclusion s'appliquait également à la revendication du statut de réfugié de l'appelante. Les moyens soulevés à l'appui de l'appel de cette dernière n'étant pas identiques à ceux de son époux, ils seront considérés séparément.

### QUESTIONS EN LITIGE

Treize questions ont été soulevées dans les observations écrites. Presque toutes ont été débattues en détail par les avocates au cours de l'audience, qui a duré deux jours. Celles qui suivent représentent à mon avis les questions les plus fondamentales quant à l'issue du présent appel.

A) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'interprétant pas de façon restrictive la disposition d'exclusion?

The thrust of the appellant's argument is that the Board, and this Court, should construe narrowly the exclusion clause in view of the possible persecution awaiting persons who might otherwise be declared Convention refugees. I recognize that this view is echoed by all of the leading commentators and reinforced in the UNHCR Handbook; see Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status* (Geneva, January 1988) paragraph 149, page 35; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pages 61-62 (referred to in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet*, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.), per Marceau J.A., at pages 607-608); Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, Toronto: Butterworths, 1992, at page 8.108; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991, pages 214-217; see also UNHCR *Legal Project in Canada*, Paper 5, paragraph 16, page 4.

As persuasive as the commentaries may be, I am bound to approach the application of the exclusion clause, first, by reference to the existing jurisprudence of this Court and, second, by reference to the clear intent of the signatories to the Convention. Where, however, there is an unresolved ambiguity or issue, the construction most agreeable to justice and reason must prevail.

(B) Did the Board err in law by failing to apply the proper standard of proof?

The appellants argue that the Board erred by "failing to apply a standard of proof appropriate to the gravity of the consequences of the allegations of criminal conduct." In effect, the appellants have extended an indirect invitation to revisit a decision of this Court which they believe establishes a standard of proof antagonistic to the interests of refugee claimants confronted with the possible application of the exclusion clause. Our task is to set out that standard, determine the extent to which it is relevant to the appeal at hand and apply it accordingly.

À l'appui de sa prétention, l'appelant soutient que la Commission et cette Cour devraient interpréter de façon restrictive la disposition d'exclusion, étant donné le risque de persécution auquel sont soumis ceux qui pourraient par ailleurs être déclarés réfugiés au sens de la Convention. Je reconnais que cette opinion est partagée par tous les auteurs reconnus et renforcée par le Guide du HCNUR; voir Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié* (Genève, septembre 1979) paragraphe 149, page 35; G. S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pages 61 et 62 (cité dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.), motifs du juge Marceau, J.C.A. aux pages 607 et 608); Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice*, Toronto: Butterworths, 1992, page 8.108; James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto: Butterworths, 1991, pages 214 à 217; voir également HCNUR *Legal Project in Canada*, document 5, paragraphe 16, page 4.

Quelque convaincants que puissent être les commentaires, je suis tenu de considérer l'application de la disposition d'exclusion en tenant compte, tout d'abord, de la jurisprudence de cette Cour, puis de l'intention manifeste des signataires de la Convention. Lorsque, par contre, il existe une ambiguïté ou une question non résolue, l'interprétation la plus conforme à la justice et à la raison doit prévaloir.

B) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en n'appliquant pas la norme de preuve appropriée?

Les appellants soutiennent que la Commission a commis une erreur en [TRADUCTION] «n'appliquant pas une norme de preuve conforme à la gravité des conséquences des allégations d'un comportement criminel». De fait, les appellants nous ont indirectement invités à revoir une décision de cette Cour qui, selon eux, établit une norme de preuve contraire aux intérêts des demandeurs du statut de réfugié se heurtant à l'application possible de la disposition d'exclusion. Notre tâche consiste à établir cette norme, à déterminer la mesure dans laquelle elle est pertinente quant à l'appel en question et à l'appliquer en conséquence.

It is universally accepted that the applicability of the exclusion clause does not depend on whether a claimant has been charged or convicted of the acts set out in the Convention. The Minister's burden is merely to meet the standard of proof embraced by the term "serious reasons for considering". In *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.), this Court canvassed this aspect of refugee law and concluded that the standard was one well below that required under either the criminal law ("beyond a reasonable doubt") or the civil law ("on a balance of probabilities" or "preponderance of evidence"). Writing on behalf of the Court, MacGuigan J.A. reasoned (at pages 311-314):

The words "serious reasons for considering" also, I believe, must be taken, as was contended by the respondent, to establish a lower standard of proof than the balance of probabilities. The respondent indeed argued that "serious reasons for considering" should have the same meaning as the phrase "reasonable grounds to believe," which is used again and again in section 19 of the Act with respect to inadmissible classes of persons. The most closely related class is that described in paragraph 19(1)(f) [as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3], which applies generally to all immigration claimants:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

(f) persons who there are reasonable grounds to believe have committed an act or omission outside Canada that constituted a war crime or a crime against humanity. . . .

The same result is provided for by paragraphs 27(1)(g) and (h) for persons who are already permanent residents, and by subparagraph 46.01(1)(d)(i) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14] for persons who claim to be Convention refugees: both of these latter provisions merely refer to persons described in paragraph 19(1)(f), and so incorporate the notion of "reasonable grounds to believe."

While I see no great difference between the phrases "serious reasons for considering" and "reasonable grounds to believe," I find no necessity exactly to equate the one with the other, although I believe both require less than the balance of probabilities. "Serious reasons for considering" is the Convention phrase and is intelligible on its own. Nevertheless, the comparison with paragraph 19(1)(f) shows that Parliament was prepared to contemplate a standard lower than the usual civil standard in this kind of case. Moreover, it also leads me to think that it would be extremely awkward to place one stan-

Il est universellement reconnu que l'applicabilité de la disposition d'exclusion ne repose pas sur la question de savoir si le demandeur a été accusé ou déclaré coupable des actes prévus dans la Convention. Le ministre doit seulement se conformer à la norme de preuve comprise dans l'expression «raisons sérieuses de penser». Dans l'arrêt *Ramirez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 306 (C.A.), cette Cour a examiné minutieusement cet aspect du droit relatif aux réfugiés avant de conclure que la norme était bien inférieure à celle qui est requise dans la cadre du droit criminel («hors de tout doute raisonnable») ou du droit civil («selon la prépondérance des probabilités» ou «prépondérance de preuve»). S'exprimant au nom de la Cour, le juge MacGuigan, J.C.A. a tenu le raisonnement suivant (aux pages 311 à 314):

Je crois aussi, comme l'intimé l'a soutenu, que les mots «raisons sérieuses de penser» ont pour effet d'établir une norme de preuve moindre que la prépondérance des probabilités. L'intimé a effectivement soutenu que cette expression avait le même sens que les mots «dont on peut penser, pour des motifs raisonnables» qui sont constamment utilisés à l'article 19 de la Loi à propos des catégories de personnes non admissibles. La catégorie la plus pertinente est celle qui est décrite à l'alinéa 19(1)f) [édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3], lequel s'applique de façon générale à tous les demandeurs en matière d'immigration:

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

j) celles dont on peut penser, pour des motifs raisonnables, qu'elles ont commis, à l'étranger, un fait constituant un crime de guerre ou un crime contre l'humanité . . .

D'autres dispositions de la Loi aboutissent au même résultat: les alinéas 27(1)g) et h), pour ce qui est des personnes qui sont déjà résidents permanents, et le sous-alinéa 46.01(1)d)(i) [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14], pour celles qui revendiquent le statut de réfugié au sens de la Convention. Ces dispositions font simplement mention des personnes visées à l'alinéa 19(1)f) et incorporent, de ce fait, la notion de «motifs raisonnables».

Il ne me semble pas y avoir de différences importantes entre les mots «raisons sérieuses de penser» et «dont on peut penser, pour des motifs raisonnables» et, du reste, je ne crois pas qu'il faille établir un parallèle exact entre les deux expressions. J'estime toutefois qu'elles exigent toutes deux une norme moindre que la prépondérance de preuve. Les mots «raisons sérieuses de penser» sont ceux qu'emploie la Convention; leur sens est évident. Cependant, on voit, lorsqu'on les compare avec l'alinéa 19(1)f), que le Parlement était prêt à envisager, pour ce type de cas, une norme moins exigeante que la norme civile

dard at the ordinary civil level, and another, for what is essentially the same thing, at a lower level.

Therefore, although the appellant relied on several international authorities which emphasize that the interpretation of the exclusion clause must be restrictive, it would nevertheless appear that, in the aftermath of Second World War atrocities, the signatory states of this 1951 Convention intended to preserve for themselves a wide power of exclusion from refugee status where perpetrators of international crimes are concerned.

For all of these reasons, the Canadian approach requires that the burden of proof be on the Government, as well as being on a basis of less than the balance of probabilities.

The “less-than-civil-law” standard referred to in *Ramirez* is consistent with the intent of the signatories to the Convention who were adamant that international protection be unavailable to war criminals; see generally Hathaway, *supra*, at pages 214-217. However, it may well be that in strict legal theory the exclusion clause should be construed as erecting a threshold test to be met by the Minister rather than prescribing a standard of proof *per se*. This view was advanced in *Attorney General of Canada v. Jolly*, [1975] F.C. 216 (C.A.), an earlier decision of this Court, which considered an analogous provision of the *Immigration Act* then in force.

In *Jolly*, the respondent sought judicial review of a deportation order issued by the Immigration Appeal Board pursuant to paragraph 5(l) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1970, c. I-2. That provision denied admission to persons who were members of organizations which the Minister had “reasonable grounds for believing” were “subversive”.<sup>1</sup> The Board imposed upon the Minister the burden of proving that the Black Panther Party was a subversive organization. On appeal, this Court rejected the inference that

<sup>1</sup> I take it that no substantive distinction exists between the terms “reasonable grounds for believing” and “serious reasons for considering”. In *Ramirez* (at pp. 311-312) the Court referred to other provisions of the Act, which also exclude certain persons when there are “reasonable grounds to believe” and concluded that there was “no great difference” between the two phrases.

habituelle. Cette comparaison nous amène en outre à penser qu’il serait extrêmement embarrassant d’exiger d’un côté une norme civile ordinaire et de l’autre, pour ce qui constitue essentiellement la même chose, une norme inférieure.

Par conséquent, en dépit des nombreuses décisions internationales citées par l’appelant, qui insistaient sur la nécessité de donner une interprétation restrictive à la disposition d’exclusion, il appert qu’à la suite des atrocités commises pendant la Seconde Guerre mondiale, les États signataires de la Convention de 1951 ont voulu se réserver un vaste pouvoir d’exclusion du statut de réfugié à l’égard des auteurs de crimes internationaux.

Pour toutes ces raisons, la procédure appliquée au Canada exige que le gouvernement assume la charge de la preuve et que la norme de preuve soit moindre que la prépondérance des probabilités.

La norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil invoquée dans l’affaire *Ramirez* est conforme à l’intention des signataires de la Convention qui tenaient fermement à ce qu’aucune protection internationale ne soit offerte aux criminels de guerre; voir en général Hathaway, précité, aux pages 214 à 217. Toutefois, il se peut fort bien qu’en théorie stricte de droit, il faille considérer que la disposition d’exclusion établit un critère préliminaire que le ministre doit respecter plutôt qu’elle ne prescrit une norme de preuve en soi. Cette opinion a été exprimée dans l’arrêt *Le procureur général du Canada c. Jolly*, [1975] C.F. 216 (C.A.), une décision antérieure de cette Cour qui portait sur une disposition analogue de la *Loi sur l’immigration* alors en vigueur.

Dans l’arrêt *Jolly*, l’intimé demandait le contrôle judiciaire d’une mesure d’expulsion prise par la Commission d’appel de l’immigration conformément à l’alinéa 5l) de la *Loi sur l’immigration*, S.R.C. 1970, ch. I-2. La disposition en question refusait l’admission aux personnes qui étaient membres d’organisations à l’égard desquelles le ministre avait «des motifs raisonnables de penser» qu’elles étaient «subversives»<sup>1</sup>. La Commission a imposé au ministre l’obligation de prouver que le parti des Panthères

<sup>1</sup> J’estime qu’il n’y a aucune distinction fondamentale entre les expressions «il y a raisonnablement lieu de croire» et «des raisons sérieuses de penser». Dans l’arrêt *Ramirez* (aux p. 311 et 312) la Cour renvoyait à d’autres dispositions de la Loi, qui excluent également certaines personnes lorsque l’«on peut penser, pour des motifs raisonnables», et elle a conclu qu’il n’y avait pas «de différences importantes» entre les deux expressions.

paragraph 5(l) was intended to impose a standard of proof. At page 228, Thurlow J. [as he then was] concluded:

With respect, this, in my opinion, is misdirection. Subsection 5(l) does not prescribe a standard of proof but a test to be applied for determining admissibility of an alien to Canada, and the question to be decided was whether there were reasonable grounds for believing, etc., and not the fact itself of advocating subversion by force, etc. No doubt one way of showing that there are no reasonable grounds for believing a fact is to show that the fact itself does not exist. [Emphasis added.]

The Court's analysis in *Jolly* is also instrumental in setting out the relationship between a standard of proof *per se* and the threshold test imposed by the Act. The legal discussion was induced by the Minister's argument that the Board answered the wrong question. He argued that the Act only required "reasonable grounds for believing" that the Black Panther Party was a subversive organization. At pages 225-226, Thurlow J. stated:

This brings me to the appellant's second submission, that the Board erred in answering the wrong question and not determining the question that is posed by subsection 5(l). It appears to me to be implicit in a finding that an organization in fact advocated subversion by force, etc., as the Special Inquiry Officer found, that there must be reasonable grounds for believing that it was such an organization. Conversely, a finding that, on the evidence before the Board, on balance of probabilities the Black Panther Party was not an organization that at the material times advocated subversion by force, etc., in my opinion, implies that on balance there are not reasonable grounds for believing the Party to have been such an organization. But where the fact to be ascertained on the evidence is whether there are reasonable grounds for such a belief, rather than the existence of the fact itself, it seems to me that to require proof of the fact itself and proceed to determine whether it has been established is to demand proof of a different fact from that required to be ascertained. It seems to me that the use by the statute of the expression "reasonable grounds for believing" implies that the fact itself need not be established and that evidence which falls short of proving the subversive character of the organization will be sufficient if it is enough to show reasonable grounds for believing that the organization is one that advocates subversion by force, etc. In a close case the failure to observe this distinction and to resolve the precise question dictated by the statutory wording can account for a difference in the result of an inquiry or an appeal.

Noires était une organisation de ce genre. En appel, cette Cour a rejeté la conclusion que l'alinéa 5l) visait à imposer une norme de preuve. À la page 228, le juge Thurlow [tel était alors son titre] a conclu ceci:

En toute déférence, cette conception est à mon avis erronée. Le paragraphe 5l) ne prévoit pas un type de preuve mais un critère à appliquer pour déterminer l'admissibilité d'un étranger au Canada, et la question à trancher consistait à déterminer s'il y avait raisonnablement lieu de croire qu'on préconisait le renversement par la force, etc., et non pas si on le préconisait effectivement, etc. Indubitablement, apporter la preuve de l'inexistence d'un fait constitue une façon de démontrer qu'il n'y a pas raisonnablement lieu de croire en l'existence de ce fait. [C'est moi qui souligne.]

L'analyse de la Cour dans l'arrêt *Jolly* a aussi contribué à déterminer la relation entre une norme de preuve en soi et le critère préliminaire imposé par la Loi. L'analyse juridique a été nécessitée par la prétention du ministre que la Commission n'avait pas répondu à la bonne question. Il a soutenu que la Loi exigeait simplement de «penser, pour des motifs raisonnables» que le parti des Panthères Noires était une organisation subversive. Aux pages 225 et 226, le juge Thurlow a déclaré ceci:

Cela m'amène à examiner la seconde prétention de l'appellant selon laquelle la Commission a commis une erreur en ne répondant pas à la bonne question et en ne tranchant pas la question posée par le paragraphe 5l). Il me semble qu'une conclusion, comme celle de l'enquêteur spécial, selon laquelle une organisation a en fait préconisé le renversement par la force, etc., implique qu'il y a raisonnablement lieu de croire qu'il s'agissait bien d'une organisation de ce type. Inversement, une conclusion selon laquelle, d'après la preuve soumise à la Commission, le parti des Panthères Noires n'était pas, selon toute vraisemblance, une organisation qui, aux époques en cause, préconisait le renversement par la force, etc., implique, à mon sens, selon toutes probabilités, qu'il n'y a pas raisonnablement lieu de croire que le parti relève d'une telle organisation. Toutefois, lorsque la preuve a pour but d'établir s'il y a raisonnablement lieu de croire que le fait existe et non d'établir l'existence du fait lui-même, il me semble qu'exiger la preuve du fait lui-même et en arriver à déterminer s'il a été établi, revient à demander la preuve d'un fait différent de celui qu'il faut établir. Il me semble aussi que l'emploi dans la loi de l'expression «il y a raisonnablement lieu de croire» implique que le fait lui-même n'a pas besoin d'être établi et que la preuve qui ne parvient pas à établir le caractère subversif de l'organisation sera suffisante si elle démontre qu'il y a raisonnablement lieu de croire que cette organisation préconise le renversement par la force, etc. Dans une affaire dont la solution est incertaine, l'omission de faire cette distinction et de trancher la question précise dictée par le libellé de la loi peut expliquer la différence dans les résultats d'une enquête ou d'un appel.



Unfortunately, Mr. Justice Thurlow's perceptive analysis loses much of its relevance when placed in the context of refugee claims involving the application of the exclusion clause. Rarely has the Board been required to balance the claimant's evidence against that of the Minister as was required in *Jolly*. Typically, evidence of crimes against humanity comes from the oral and written testimony of the claimant.<sup>2</sup> Hence, the primary role of the Minister's representative has been to conduct intensive adversarial cross-examinations of refugee claimants. It is only in this artificial sense that ministerial "evidence" is balanced against that of the claimant. For this reason, nothing possibly turns on whether the term "serious reasons for considering" is described as a "standard of proof" or a "threshold test".

Strictly speaking, we are not concerned with establishing the innocence or guilt of the appellant. In this respect, *Ramirez* and *Jolly* are supportive of one another; both are *ad idem* that proof of a fact on a balance of probabilities is not required. However, not all exclusion clause issues can be resolved by reference to the "less-than-civil-law" standard.

In my opinion, the requisite standard of proof comes into legal play only when the tribunal is called on to make determinations which can be classified as questions of fact. The "less-than-civil-law" standard is irrelevant when the issue being addressed is essentially a question of law. For purposes of application of the exclusion clause, it is sufficient if I outline briefly the basis on which I distinguish the two and my reasons for doing so.

A finding of fact has been described as a determination that a phenomenon has happened, is, or will be happening independent of or anterior to any determi-

<sup>2</sup> The only exception that I am aware of is *Sivakumar v. M.E.I.*, May 17, 1991, No. U91-02923 [Re K. (Y.P.), [1991] C.R.D.D. No. 672 (Q.L.)], where the Minister adduced independent evidence regarding the claimant's activities in Sri Lanka.

Malheureusement, l'analyse perspicace du juge Thurlow perd beaucoup de sa pertinence lorsqu'elle est placée dans le contexte des revendications du statut de réfugié qui donnent lieu à l'application de la disposition d'exclusion. Il est rarement arrivé que la Commission ait à évaluer la preuve du demandeur par rapport à celle du ministre comme il était nécessaire de le faire dans l'affaire *Jolly*. En général, la preuve des crimes contre l'humanité provient du témoignage verbal et écrit du demandeur de statut.<sup>2</sup> En conséquence, le rôle principal du représentant du ministre a consisté à soumettre les demandeurs du statut de réfugié à d'intensifs contre-interrogatoires de type accusatoire. Ce n'est que dans ce sens artificiel que la «preuve» du ministre est appréciée par rapport à celle du demandeur. Pour cette raison, rien ne peut reposer sur la question de savoir si l'expression «raisons sérieuses de penser» constitue une «norme de preuve» ou un «critère préliminaire».

Strictelement parlant, ce n'est pas notre propos d'établir l'innocence ou la culpabilité de l'appelant. À cet égard, les arrêts *Ramirez* et *Jolly* s'appuient l'un et l'autre; tous deux conviennent qu'il n'y a pas lieu d'établir un fait selon la prépondérance des probabilités. Toutefois, ce ne sont pas toutes les questions mettant en cause les dispositions d'exclusion qui peuvent être tranchées par référence à la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil.

À mon avis, la norme de preuve requise n'est pertinente en droit que lorsque le tribunal est appelé à rendre des décisions qui peuvent être qualifiées de questions de fait. La norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil n'est pas pertinente lorsque la question examinée est essentiellement une question de droit. Pour les fins de l'application de la disposition d'exclusion, il suffit que j'expose brièvement le fondement sur lequel j'établiss une distinction entre les deux formes de questions et mes raisons pour le faire.

On a défini la conclusion de fait comme la conclusion qu'un phénomène s'est produit, se produit ou se produira indépendamment de toute décision concer-

<sup>2</sup> La seule exception que je connaisse est l'arrêt *Sivakumar c. M.E.I.*, 17 mai 1991, n° U91-02923 [Re K. (Y.P.), [1991] D.S.S.R. n° 672 (Q.L.)] où le ministre a présenté une preuve indépendante concernant les activités du demandeur de statut au Sri Lanka.

nation as to its legal effects; see L. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little, Brown and Company, 1965, at page 548. A question of law has been defined in many ways; see, for example, P. J. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell, 1966, at page 10. Perhaps Professor Wade best describes the basis on which questions of law are readily distinguishable:

Questions of law must be distinguished from questions of fact, but this has been one of the situations where the rules have taken different forms under judicial manipulation.

The simpler and more logical doctrine has been recognised in many judgments. This is that matters of fact are the primary facts of the particular case which have to be established before the law can be applied, the 'facts which are observed by the witnesses and proved by testimony', to which should be added any facts of common knowledge of which the court will take notice without proof. Whether these facts, once established, satisfy some legal definition or requirement must be a question of law, for the question then is how to interpret and apply the law to those established facts. [See: Wade, *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1988), at pp. 938-939.]

Support for the proposition that the standard of proof outlined in *Ramirez* and *Jolly* is only relevant to questions of fact, as described by Professor Wade, may be found in *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986). There, the issue for determination was whether there were "serious reasons for considering" that McMullen, a former member of the terrorist organization, Provisional Irish Republican Army (PIRA), had committed serious non-political crimes which rendered him subject to deportation. The Court stated (at page 599):

McMullen argues that there is no specific evidence linking him to any civilian-targeted terrorism by the PIRA, but only to arms shipments and the bombing of military installations, actions which he asserts are political crimes. We need not determine whether these admittedly violent acts are "political offenses," because we find that the BIA's conclusion that there were "serious reasons" to believe McMullen had participated in the unprotected, nonpolitical acts of violence aimed at civilians is supported by substantial evidence.

nant ses effets juridiques ou antérieurement à celle-ci; voir L. L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston: Little, Brown and Company, 1965, à la page 548. La question de droit a, quant à elle, été définie de nombreuses façons; voir par exemple P. J. Fitzgerald, *Salmond on Jurisprudence*, 12<sup>e</sup> éd., London: Sweet & Maxwell, 1966, à la page 10. C'est peut-être le professeur Wade qui définit le mieux le fondement sur lequel les questions de droit se distinguent nettement des questions de fait:

[TRADUCTION] Les questions de droit doivent être différenciées des questions de fait, mais il s'agit d'un cas où les règles ont pris différentes formes en raison de la manipulation judiciaire.

Selon la doctrine plus simple et plus logique reconnue dans de nombreux jugements, les questions de fait portent sur les faits principaux de l'affaire concernée, qui doivent être établis avant que soit appliqué le droit, soit les «faits qui sont observés par les témoins et établis par les témoignages», et auxquels devraient être ajoutés tous les faits qui sont de connaissance générale et dont la cour prendra connaissance d'office. La question de savoir si ces faits, une fois établis, répondent à une définition ou exigence juridique, doit être une question de droit puisqu'il s'agit alors de déterminer la façon d'interpréter et d'appliquer le droit aux faits établis. [Voir Wade, *Administrative Law*, 6<sup>e</sup> éd. (Oxford: Clarendon Press, 1988) aux pages 938 et 939.]

La proposition suivant laquelle la norme de preuve énoncée dans les arrêts *Ramirez* et *Jolly* n'est pertinente que relativement aux questions de fait, comme l'a indiqué le professeur Wade, trouve appui dans l'arrêt *McMullen v. I.N.S.*, 788 F.2d 591 (9th Cir. 1986). Dans cette affaire, il s'agissait de savoir s'il existait de «sérieuses raisons de penser» que McMullen, un ancien membre d'une organisation terroriste, l'Armée républicaine irlandaise provisoire (ARIP), avait commis des crimes non politiques graves, qui le rendaient susceptible d'expulsion. La Cour a dit (à la page 599):

[TRADUCTION] McMullen soutient qu'aucun élément de preuve explicite ne le relie à des actes de terrorisme commis par l'ARIP contre les civils, mais seulement à des expéditions d'armes et à l'attentat à la bombe d'installations militaires, des actes qui, soutient-il, sont des crimes politiques. Il n'y a pas lieu de déterminer si ces actes certes violents sont des «crimes politiques» puisque nous estimons que la conclusion de la Commission suivant laquelle il existe de «sérieuses raisons» de penser que McMullen avait participé aux actes de violence non protégés et non politiques contre des civils est appuyée par une preuve considérable.

The BIA need not find as a matter of fact that McMullen was directly involved in the unprotected acts, either beyond a reasonable doubt or by a preponderance of the evidence. Rather, the statute requires the BIA to find only “*serious reasons* for considering that [he] has committed” such acts. . . . Article 1(F) of the Convention has identical language. This language requires only probable cause. Once the conduct is determined to be a serious non-political crime, the Convention requires only a finding of probable cause to believe the alien has committed the crime in order to find “serious reasons.” [Emphasis added.]

In my view, the standard of proof envisaged by the exclusion clause was intended to serve an evidential function in circumstances where it is necessary to weigh competing evidence. It must not be permitted to overstep its legislated objective. In the present context, the standard of proof becomes relevant only in respect of the following questions of fact.

It is a question of fact whether the appellant or members of his platoon killed civilians. The standard of proof to be applied is that embodied in the term “serious reasons for considering”. Similarly, it is a question of fact whether the appellant stood guard during the torture of a prisoner. As that fact is admitted, the requisite standard of proof has been satisfied. That standard, however, has no bearing on the following determinations.

It is a question of law whether the act of killing civilians by military personnel can be classified as a crime against humanity. It must be accepted that such acts satisfy the legal criteria found within the Act and the Convention.<sup>3</sup> It is also a question of law whether the appellant’s acts or omissions as a guard constitute a crime against humanity. That determination can only be made by reference to legal principles found in the existing jurisprudence dealing with “complicity”. Finally, it is a question of law whether membership in a military organization, such as the Salvadoran army, constitutes sufficient complicity to warrant application of the exclusion clause.

<sup>3</sup> In its supplementary memorandum, counsel for the appellants thoroughly canvassed the criteria to be applied when determining whether conduct, which Canadians would recognize as being a crime, is also susceptible to characterization as a crime against humanity. For purposes of this appeal, I accede to the view that the acts in question fall within both categories.

La Commission n’est pas tenue de tirer la conclusion de fait, hors de tout doute raisonnable ou selon la prépondérance de la preuve, que McMullen était directement impliqué dans les actes non protégés. En effet, dans le cadre de la Loi, la Commission doit uniquement conclure qu’il existe «de sérieuses raisons de penser qu’[il] a commis» de tels actes. . . . Le libellé de la section F de l’article premier de la Convention est identique. Il ne requiert qu’une cause probable. Lorsqu’il est déterminé que le comportement en question est un crime non politique grave, la Convention requiert seulement, pour conclure à l’existence de «raisons sérieuses», qu’il existe une cause probable de penser que l’étranger a commis le crime. [C’est moi qui souligne.]

À mon avis, la norme de preuve visée par la disposition d’exclusion était destinée à servir dans les cas où des éléments de preuve contraires doivent être pondérés. Elle ne doit pas excéder son objectif législatif. Dans le présent contexte, la norme de preuve devient pertinente uniquement quant aux questions de fait suivantes.

La question de savoir si l’appelant ou des membres de son peloton ont tué des civils est une question de fait. La norme de preuve à appliquer est celle visée par l’expression «sérieuses raisons de penser». De même, la question de savoir si l’appelant a monté la garde pendant qu’un prisonnier était torturé est une question de fait. Ce fait étant admis, la norme de preuve requise est respectée. Toutefois, cette norme n’a aucune conséquence sur les décisions suivantes.

La question de savoir si le meurtre de civils par le personnel militaire peut être qualifié de crime contre l’humanité est une question de droit. Il doit être accepté que de tels actes répondent aux critères juridiques prévus dans la Loi et dans la Convention<sup>3</sup>. La question de savoir si les gestes ou les omissions de l’appelant comme gardien constituent un crime contre l’humanité est également une question de droit. Cette question ne peut être tranchée que par référence aux principes juridiques énoncés dans la jurisprudence relative à la «complicité». Enfin, la question de savoir si l’appartenance à une organisation militaire comme l’armée salvadorienne constitue une compli-

<sup>3</sup> Dans son exposé supplémentaire, l’avocate des appelants a revu en détail les critères applicables pour déterminer si un comportement, que les Canadiens considéreraient être un crime, est également susceptible d’être qualifié de crime contre l’humanité. Pour les fins du présent appel, j’adhère à l’opinion que les actes en question relèvent des deux catégories.

It seems clear that questions of law do not lend themselves to adjudication by reference to legal concepts embedded in probability theory. Yet there are other reasons for immunizing questions of law from the application of a standard of proof. It is true that the “less-than-civil-law” standard established in *Ramirez* reinforces the view that it was the intent of the Convention signatories to exclude persons underserving of protection. But it is difficult to credit the intention of establishing a threshold standard of proof which virtually guarantees exclusion once the Minister demonstrates that there are “serious reasons for considering” that a claimant’s acts or omissions could be classified as a crime against humanity.

In my opinion, that is a question of law which must be decided in accordance with legal principles rather than by reference to a standard of proof. (Those legal principles will be applied to a series of facts established pursuant to the “less-than-civil-law” standard of proof, “serious reasons for considering”.) To hold otherwise would be tantamount to an egregious rewriting of the exclusion clause and may well lead to unfortunate and unjust refugee determinations. For example, prisoners of war who assisted the enemy in its persecution of other prisoners could be denied protection under international law should the “less-than-civil-law” standard be applied to what is essentially a question of law. The paradigmatic situation would involve the plight of “kapos” (Jewish prisoners) who supervised other prisoners at the Treblinka concentration camp; see *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (1981), at pages 534-535. I take it that in such cases the “less-than-civil-law” standard contemplated in *Ramirez* would be deemed inapplicable as would the exclusion clause itself.

(C) Did the tribunal err by making erroneous findings of fact and credibility?

cit e suffisante pour justifier l’application de la disposition d’exclusion est, elle aussi, une question de droit.

Il semble évident que les questions de droit ne se prêtent pas à des décisions qui renvoient à des concepts juridiques enchâssés dans une théorie des probabilités. Toutefois, il existe d’autres raisons d’exempter les questions de droit de l’application d’une norme de preuve. Certes, la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil, établie dans l’arrêt *Ramirez*, affermit l’opinion voulant qu’il était dans l’intention des signataires de la Convention d’exclure les personnes ne méritant aucune protection. Mais il est difficile de leur prêter l’intention d’établir une norme de preuve préliminaire qui, virtuellement, garantit l’exclusion du demandeur de statut dès que le ministre démontre qu’il existe de «sérieuses raisons de penser» que les gestes ou les omissions du demandeur pourraient être qualifiés de crimes contre l’humanité.

  mon avis, il s’agit là d’une question de droit qui doit être tranchée conformément aux principes juridiques plutôt que par référence à une norme de preuve. (Ces principes juridiques seront appliqués à un ensemble de faits établis conformément au fardeau de preuve inférieur à la norme prévue en droit civil, soit celui qui se rapporte aux «sérieuses raisons de penser».) Conclure autrement reviendrait à réécrire maladroitement la disposition d’exclusion et risquerait fort d’entraîner des décisions malheureuses et injustes en matière de statut de réfugié. Ainsi, les prisonniers de guerre qui ont aidé l’ennemi à persécuter d’autres prisonniers se verraient refuser toute protection dans le cadre du droit international si la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil était appliquée à ce qui, essentiellement, est une question de droit. Cette situation paradigmatique mettrait en cause les «kapos» (détenus juifs) qui ont supervisé des codétenus au camp de concentration Treblinka; voir *Fedorenko v. United States*, 449 U.S. 490 (1981), aux pages 534 et 535. Je suppose que, dans de telles affaires, la norme de preuve inférieure à celle prévue en droit civil envisagée dans l’arrêt *Ramirez* serait présumée inapplicable, comme le serait la disposition d’exclusion elle-même.

C) Le tribunal a-t-il commis une erreur en tirant des conclusions de fait et de crédibilité erronées?

Counsel for the appellants argued “that the Board erred in law by failing to make specific findings of credibility and to give adequate reasons in support thereof.” This Court has repeatedly held that if the credibility of the claimant is in issue, the Board is under an obligation to give reasons, in clear and unmistakable terms, in support of its finding; see *Ababio v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 174 (F.C.A.); *Rahman v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 170 (F.C.A.); *Armson v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (F.C.A.); *Sebaratnam v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 264 (F.C.A.) and *Hilo v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (F.C.A.). In the instant case, the Board did not rule on the claimants’ credibility *per se*. It did, however, make reference to three instances where it found inconsistencies or contradictions.<sup>4</sup> In all other respects the credibility of the appellant was not doubted.

As noted earlier, two of the credibility determinations were based on perceived inconsistencies involving the date on which the appellant first decided to desert the army and his reasons for doing so. The relevant portions of the Board’s decision are (Appeal Book, at pages 239 and 242 respectively):

In answer to counsel for the Minister, the claimant said he had decided to desert the army on May 5, 1988. He admitted saying to the Canadian Immigration Official who interviewed him on March 6, 1990 that he had left the army to see his first child born.

Although [the claimant] stated that while on his first pass he had decided to desert the army, he also testified that it was on May 5, 1988 when he left El Salvador that he intended to desert the army. We believe the latter testimony.

<sup>4</sup> On appeal, counsel identified a fourth inconsistency to which the Board failed to refer in its reasons; see A. B., Vol. I, at pp. 58-59. I shall refrain from dealing with it other than to state that, in my opinion, it was only consequential in so far as it attests to the appellant’s veracity.

L’avocate des appelants soutient [TRADUCTION] «que la Commission a commis une erreur de droit en ne tirant aucune conclusion expresse sur la crédibilité de ses clients et en ne donnant donc aucun motif à l’appui». Cette Cour a à maintes reprises conclu que, si la crédibilité du demandeur est en cause, la Commission est tenue de motiver sa conclusion dans des termes clairs et nets; voir *Ababio c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1988), 5 Imm. L.R. (2d) 174 (C.A.F.); *Rahman c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1989), 8 Imm. L.R. (2d) 170 (C.A.F.); *Armson c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1989), 9 Imm. L.R. (2d) 150 (C.A.F.); *Sebaratnam c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 264 (C.A.F.) et *Hilo c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 199 (C.A.F.). Dans la présente affaire, la Commission n’a tiré aucune conclusion sur la crédibilité proprement dites des demandeurs. Elle a toutefois évoqué trois cas où elle a décelé des incompatibilités ou des contradictions<sup>4</sup>. À tous autres égards, la crédibilité de l’appellant n’a pas été mise en doute.

Comme je l’ai signalé précédemment, deux des conclusions sur la crédibilité étaient fondées sur des incompatibilités perçues quant à la date à laquelle l’appellant a pour la première fois décidé de désert l’armée et ses raisons pour le faire. Les passages pertinents de la décision de la Commission sont les suivants (dossier d’appel, aux pages 239 et 242 respectivement):

En guise de réponse au conseil du ministre, le demandeur a déclaré qu’il avait décidé de s’enfuir de l’armée le 5 mai 1988. Il a avoué avoir déclaré au responsable de l’immigration canadienne qui l’a interviewé le 6 mars 1990 qu’il avait quitté l’armée pour assister à la naissance de son premier fils.

Même s’il a déclaré qu’au cours de sa première permission il avait décidé de fuir l’armée, il a également déclaré que c’est le 5 mai 1988, lorsqu’il a quitté le El Salvador, qu’il avait décidé de quitter l’armée. Nous croyons en la valeur du dernier témoignage.

<sup>4</sup> En appel, l’avocat a identifié une quatrième incompatibilité, que la Commission n’a pas mentionnée dans ses motifs; voir dossier d’appel, vol. I, aux p. 58 et 59. Je me garderai de me pencher sur ce point si ce n’est pour affirmer qu’à mon avis, cette omission n’est importante que dans la mesure où elle confirme la véracité du témoignage de l’appellant.

Whether or not the record supports the perceived inconsistencies identified by the Board is, in my opinion, an issue which we need not address. It was agreed at the outset of this appeal that this Court would not be asked to make a refugee determination. While the appellant's reasons for forsaking the military, and the timing of that decision, are critical to his refugee claim, they are not relevant to the determination regarding the applicability of the exclusion clause.<sup>5</sup> In any event, evidence concerning the appellant's well-founded fear of persecution with respect to the inconsistencies identified by the Board is inconclusive. From the appeal record, it is apparent that both parties and the Board were preoccupied with the application of the exclusion clause and the reasons underlying the appellants' decision to come to Canada rather than residing in the United States.

The appellant's credibility was also doubted in respect of his testimony in which he denied participating in the killing of civilians. This finding illuminates the uneasy relationship between determinations of credibility and the requisite standard of proof. This problem is particularly acute since, as noted earlier, the Board is in the equivocal position of relying upon the appellant's testimony for evidence supporting both inclusion and exclusion.

The immediate question is whether the following finding by the Board is supported by the evidence to the extent that there are "serious reasons for considering" that the appellant in fact participated in such acts (Appeal Book, at page 240):

<sup>5</sup> Normally, testimony focussing on such matters is intended to demonstrate that desertion arose as a matter of conscience and as such may properly ground a claim for refugee status on the basis of a well-founded fear of persecution for reasons of political opinion or perceived political opinion. The earlier jurisprudence of this Court dealing with the refugee status of conscientious objectors is to be applied against the reasoning of the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; and see *Musial v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 1 F.C. 290 (C.A.); *Padilla v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (F.C.A.) and *Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 540 (C.A.).

Il est à mon avis inutile de se demander si le dossier étaye ou non les incompatibilités décelées par la Commission. Il a été convenu dès le début du présent appel que cette Cour n'aurait pas à rendre une décision sur le statut de réfugié. Bien que les raisons de l'appelant pour désertier l'armée et le moment de sa décision soient primordiaux quant à sa revendication du statut de réfugié, ils ne sont pas pertinents relativement à la décision qui porte sur l'applicabilité de la disposition d'exclusion<sup>5</sup>. Quoiqu'il en soit, la preuve qui porte sur la crainte bien fondée de l'appelant d'être persécuté, compte tenu des incompatibilités décelées par la Commission, n'est pas déterminante. Il ressort du dossier d'appel que les deux parties et la Commission étaient préoccupées par l'application de la disposition d'exclusion et les raisons qui ont motivé les appelants à venir au Canada plutôt qu'à résider aux États-Unis.

La crédibilité de l'appelant a également été mise en doute relativement à son témoignage, dans lequel il a nié avoir participé au meurtre de civils. Cette conclusion fait ressortir la relation délicate qui existe entre les décisions en matière de crédibilité et la norme de preuve requise. Cette difficulté est particulièrement marquée puisque, je le répète, la Commission se voit dans la délicate obligation de s'en remettre au témoignage de l'appelant comme preuve appuyant tant l'inclusion que l'exclusion.

Il s'agit en premier lieu de savoir si la conclusion suivante de la Commission est appuyée par la preuve à tel point qu'il existe de «sérieuses raisons de penser» que l'appelant a effectivement participé aux actes en cause (dossier d'appel, page 240):

<sup>5</sup> Normalement, le témoignage qui porte sur de telles questions vise à démontrer que le demandeur a déserté l'armée par conscience et que, pour cette raison, sa désertion peut constituer le fondement d'une revendication du statut de réfugié parce qu'il craint avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques ou de celles qu'on lui prête. La jurisprudence antérieure de cette Cour sur le statut de réfugié des objecteurs de conscience doit être appliquée en regard du raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; et voir *Musial c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] C.F. 290 (C.A.); *Padilla c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, (1991), 13 Imm. L.R. (2d) 1 (C.A.F.) et *Zolfagharkhani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 540 (C.A.).

Although the claimant attempted to deny his participation in atrocities against civilians, it is pellucidly clear from his testimony without reference to the above quotation in his PIF, that he was actively engaged in the killing of civilians who were captured or was acting in concert with his comrades who were doing so. [Emphasis added.]

The quotation in the personal information form (PIF) referred to by the Board as found in its reasons reads (Appeal Book, at pages 239-240):

During the operation we took villages that used to be occupied by guerillas. All those who remained, including old men and young children, were suspected of being guerillas and many were killed for this reason alone. We received orders to kill everyone.

Notwithstanding the Board's assertion that it ignored the evidence presented in the PIF, it is on the basis of the above statement, and that statement alone, that the Board must have taken the position that the appellant was involved, either directly or indirectly, in the killing of civilians. In my view, and as will be explained below, there is simply no other evidence to substantiate that determination. First, I shall deal with the significance of the PIF.

The PIF represents an English translation of a narrative drafted by counsel after an interview conducted in Spanish. The imprecision which often accompanies the translation of oral testimony dictates that caution should be exercised when drawing negative inferences of any sort. In the instant case, the above statement is but a portion of a single paragraph of the appellant's PIF which attempts to chronicle the details of the appellant's military service and the moral precepts of the Salvadoran army all within the space of a folio. The full paragraph reads as follows (Appeal Book, at page 116):

In January 1988, before I was able to get enough money together to leave El Salvador I was forcibly recruited by the Salvadoran Army. I received three months of training and then obtained a 2-day pass. My wife and my parents were still trying to gather the money to enable us to leave. When I returned to the army I saw actual combat against the guerrillas. The operation lasted approximately twenty days and there were about five confrontations with the guerrillas. During the operation we took villages that used to be occupied by guerrillas. All

Bien que le demandeur ait essayé de nier sa participation aux atrocités commises à l'endroit des civils, selon son témoignage, il est parfaitement clair que sans tenir compte de l'allusion à la situation précédente extraite de sa Fiche de renseignements personnels, qu'il avait participé de façon active au massacre des civils qui avaient été capturés ou qu'il agissait en parfaite entente avec ses camarades qui agissaient ainsi. [C'est moi qui souligne.]

La citation tirée de la Fiche de renseignements personnels (FRP), à laquelle renvoie la Commission dans ses motifs, est la suivante (dossier d'appel, aux pages 239 et 240):

Au cours de l'opération, nous avons pris les villages que la guérilla occupait habituellement. Tous ceux qui demeuraient sur les lieux, y compris deux vieillards et de jeunes enfants, ont été soupçonnés de faire partie de la guérilla, et plusieurs d'entre eux ont été tués pour cette unique raison. Nous avons reçu l'ordre de tuer tout le monde.

Malgré le fait que la Commission ait affirmé ne pas avoir tenu compte de la preuve soumise dans la FRP, c'est sur le fondement de la déclaration ci-dessus, et de cette déclaration seulement, que la Commission doit avoir conclu que l'appellant était impliqué, directement ou indirectement, dans le meurtre de civils. À mon avis, et comme je l'expliquerai plus loin, il n'y a simplement aucune autre preuve qui étaye cette conclusion. Je me pencherai d'abord sur la portée de la FRP.

La FRP représente la traduction anglaise d'un récit rédigé par l'avocate à la suite d'une entrevue menée en espagnol. L'imprécision qui caractérise fréquemment la traduction d'un témoignage verbal impose une certaine prudence lorsque des conclusions défavorables de toutes sortes sont tirées. En l'espèce, la déclaration reproduite ci-dessus ne constitue qu'une partie d'un paragraphe unique de la FRP de l'appellant, qui tente d'exposer, sur une seule feuille, les détails du service militaire de ce dernier aussi bien que les préceptes moraux de l'armée salvadorienne. Le paragraphe entier se lit comme suit (dossier d'appel, page 116):

[TRADUCTION] En janvier 1988, avant que je puisse amasser suffisamment d'argent pour quitter le Salvador, j'ai été recruté contre mon gré dans l'armée salvadorienne. J'ai reçu un entraînement de trois mois avant d'obtenir une permission de deux jours. Mon épouse et mes parents tentaient toujours d'amasser l'argent qui nous permettrait de quitter le pays. À mon retour dans l'armée, j'ai participé à de véritables affrontements avec la guérilla. L'opération a duré approximativement vingt jours, pendant lesquels ont eu lieu environ cinq affrontements. Au

those who remained, including old men and young children, were suspected of being guerrillas and many were killed for this reason alone. We received orders to kill everyone. My friends often spoke about their assignments which included taking suspected guerrillas from their homes for questioning. On one occasion I was ordered to guard a man who had been taken for questioning. I watched while he was tortured.

Simply stated, little or no weight can be given to the PIF in regard to the appellant's participation in what can otherwise be clearly recognized as acts amounting to crimes against humanity. At the very least, any perceived ambiguity cries out for clarification. In my view, the PIF standing by itself does not meet the "serious reasons for considering" standard. Hence, we are left with any oral testimony which could have reasonably led the Board to conclude, or reinforced the Board's belief, that there are "serious reasons for considering" that the appellant participated in crimes against humanity.

Unlike the Board, we have the advantage of reviewing the entire transcript of the proceedings, the relevant portions of which are set out below (Appeal Book, Vol. 1, page 38):

COUNSEL Now did you encounter civilians during any of those five confrontations?

CLAIMANT No.

COUNSEL No?

CLAIMANT Civilians or guerrilla civilians but dead.

COUNSEL But in terms of the confrontation itself whom you were fighting, you're talking about armed men or are they . . .

CLAIMANT Yes.

COUNSEL Now during those confrontations were you aware whether any civilians were killed as a result of the confrontation?

CLAIMANT I wasn't present in any one of them.

COUNSEL In any one of what?

CLAIMANT Of the civilian dead.

COUNSEL Did you ever knowingly shoot a civilian during those encounters?

CLAIMANT No. Never.

cours de l'opération, nous avons pris les villages que la guérilla occupait habituellement. Tous ceux qui demeuraient sur les lieux, y compris deux vieillards et de jeunes enfants, ont été soupçonnés de faire partie de la guérilla, et plusieurs d'entre eux ont été tués pour cette unique raison. Nous avons reçu l'ordre de tuer tout le monde. Mes amis parlaient fréquemment des tâches qui leur étaient assignées, lesquelles consistaient notamment à aller chercher à domicile ceux qu'on soupçonnait être de la guérilla pour les interroger. À une occasion, j'ai reçu l'ordre d'assurer la garde d'un homme qui avait été amené pour être interrogé. J'ai été témoin de sa torture.

Purement et simplement, il ne peut être accordé que peu ou pas de poids à la FRP en ce qui concerne la participation de l'appellant à ce qui peut par ailleurs être clairement reconnu comme un crime contre l'humanité. Toute ambiguïté perçue demande à tout le moins à être clarifiée. À mon avis, à elle seule la FRP ne satisfait pas à la norme relative aux «sérieuses raisons de penser». Par conséquent, il ne reste que les témoignages verbaux qui pourraient avoir valablement amené la Commission à conclure ou à affermir sa croyance qu'il existait de «sérieuses raisons de penser» que l'appellant avait participé à des crimes contre l'humanité.

Contrairement à la Commission, nous avons l'avantage de revoir la transcription entière des débats, dont les parties pertinentes sont reproduites ci-dessous (dossier d'appel, vol. 1, page 38):

[TRADUCTION] AVOCATE: Avez-vous rencontré des civils au cours de l'un de ces cinq affrontements?

DEMANDEUR: Non.

AVOCATE: Non?

DEMANDEUR: Des civils ou des guérilleros civils, mais ils étaient morts.

AVOCATE: Mais en ce qui concerne l'affrontement lui-même, ceux contre qui vous luttiez, vous parlez d'hommes armés, ou étaient-ils . . .

DEMANDEUR: Oui.

AVOCATE: Au cours de ces affrontements, saviez-vous si des civils étaient tués?

DEMANDEUR: Je n'étais présent à aucun d'entre eux.

AVOCATE: À aucun d'entre quoi?

DEMANDEUR: Des meurtres de civils.

AVOCATE: Vous est-il arrivé de tirer sciemment sur un civil au cours de ces affrontements?

DEMANDEUR: Non, jamais.



COUNSEL Now you mentioned that you saw dead civilians. Could you tell us, was this on the occasion of the confrontations or other occasions when you were on the mountain?

CLAIMANT In that occasion it was not, it had not been done by my group but by the other groups.

On cross-examination by the Minister's representative, the claimant testified (Appeal Book, Vol. 1, page 58):

CLAIMANT Yes we received instructions or orders from Majors that we were to kill anyone. Because if they go with the guerrillas they are guerrillas themselves.

MIN. REP. And so did you kill these old men and children?

CLAIMANT The platoon in which I was did not do it. Another platoon had done it. Another one I was in.

MARAJ Why did you not state that in your Personal Information Form?

CLAIMANT I didn't kill anybody.

MIN. REP. That you say you know of. You said you fired your gun and you don't know whose bullet killed whom.

CLAIMANT I shot my gun I admit it. But I never killed any civilian guerrilla.

The foregoing excerpts constitute the entire testimony directly relevant to this particular issue.<sup>6</sup> All of the appellant's evidence is internally consistent. In my opinion, the testimony does not, by any stretch of the imagination, render it "pellucidly clear" that either the appellant or his platoon was involved in the killing of civilians during the twenty-day period. Nor can it be confidently said, as the Board did, that the evidence was "overwhelming".

Leaving aside the credibility issue<sup>7</sup> and tracking the language of the Act, the evidence falls significantly short of establishing that there are "serious reasons for considering" that the appellant or mem-

<sup>6</sup> Further evidence touching on this issue is found in A. B., Vol. I, at pp. 55-57 and 83-84. It is consistent with the evidence reproduced above.

<sup>7</sup> I could not help but remark that the interview notes of an immigration official taken at the time the male appellant sought entry into Canada provide in part (A. B., at p. 190): "Answered all questions honestly without hesitation."

AVOCATE: Vous avez mentionné avoir vu des civils morts. Pourriez-vous nous dire si c'était à l'occasion des affrontements ou à d'autres occasions, lorsque vous étiez sur la montagne?

a DEMANDEUR: À cette occasion, ce n'était pas le cas, cela n'avait pas été fait par mon groupe, mais par d'autres groupes.

b Lors du contre-interrogatoire mené par le représentant du ministre, le demandeur a témoigné comme suit (dossier d'appel, vol. 1, page 58):

[TRADUCTION] DEMANDEUR: Oui, nous avons reçu l'instruction ou l'ordre des majors de tuer tout le monde. Parce que s'ils se joignent aux guérilleros, c'est qu'ils en sont eux-mêmes.

c REPRÉSENTANT DU MINISTRE: Donc, avez-vous tué les vieillards et les enfants?

DEMANDEUR: Le peloton dont je faisais partie ne l'a pas fait. Un autre peloton l'avait fait. Un peloton dont je faisais partie.

d MARAJ: Pourquoi n'en avez-vous rien dit dans votre Fiche de renseignements personnels?

DEMANDEUR: Je n'ai tué personne.

e REPRÉSENTANT DU MINISTRE: Selon ce que vous affirmez savoir. Vous avez dit avoir tiré et vous ne savez pas quelle balle a tué qui.

DEMANDEUR: Je l'admets, j'ai tiré. Mais je n'ai jamais tué de guérilleros civils.

f Les extraits qui précèdent constituent tout le témoignage qui intéresse directement cette question particulière<sup>6</sup>. Le témoignage de l'appelant est logique en lui-même. À mon avis, même en faisant un grand effort d'imagination, il n'est pas «parfaitement clair» selon le témoignage que l'appelant ou son peloton étaient impliqués dans le meurtre de civils au cours de la période de vingt jours. On ne peut non plus affirmer avec certitude, comme la Commission l'a fait, que la preuve était «accablante».

h Mettant de côté la question de la crédibilité<sup>7</sup> et me reportant au libellé de la Loi, j'estime que la preuve est loin d'établir qu'il existe de «sérieuses raisons de penser» que l'appelant ou les membres de son pelo-

<sup>6</sup> Le dossier d'appel, vol. 1, contient une preuve supplémentaire concernant cette question aux p. 55 à 57, 83 et 84. Elle est compatible avec la preuve reproduite ci-dessus.

<sup>7</sup> Je n'ai pu m'empêcher de remarquer que, dans les notes de l'entrevue prises par le représentant de l'immigration au moment où l'appelant tentait d'entrer au Canada, on lit notamment ceci (dossier d'appel, p. 190): «A répondu à toutes les questions honnêtement, sans hésitation».

bers of his platoon participated in the killing of civilians. Had the appellant been a long-term member of a military unit well known for its inhumane treatment of civilians, then it might have been open to the Board to reach the conclusion that it did. But in the given circumstances, the most that can be said is that the appellant was a member of a military regime engaged in the commission of crimes against humanity. In these circumstances, the culpability of the appellant can arise only by association.

Such an error is sufficient reason for setting aside the Board's decision and remitting the matter back for redetermination. In this instance, however, the panel rehearing the claim would be left with the task of determining whether the appellant's acts and omissions surrounding the guarding of a prisoner, together with his membership in a group whose code of conduct embraces the killing of civilians, is sufficient justification for invoking the exclusion clause. Though the Board did not comment on the matter of "membership", it did find that the appellant's complicity in the torture of a prisoner constituted a crime against humanity. Accordingly, the remaining issues must be addressed.

(D) Did the Board err in law by determining that the male appellant's acts or omissions amounted to a crime against humanity?

The success of this appeal now hinges on the resolution of two questions. First, is the appellant's membership in a military organization responsible for inhumane acts against members of the civilian population, in and of itself, sufficient justification for invoking the exclusion clause? In other words, is the appellant "guilty by association"? The second question is more particularized. Is the appellant's participation as a guard in the torture of a prisoner a sufficient basis to deem him an "accomplice" and therefore subject to the application of the exclusion clause? The question is premised upon the understanding that an "accomplice" is as culpable as the "principal"—the one who pulls the trigger. The alternative is to classify the appellant an "innocent bystander". I shall deal with the questions in the order posed.

ton ont participé au meurtre de civils. Si l'appelant avait depuis longtemps été membre d'une unité militaire reconnue pour son traitement inhumain des civils, il aurait peut-être été possible pour la Commission de conclure comme elle l'a fait. Toutefois, compte tenu des circonstances, on peut seulement affirmer que l'appelant était membre d'un régime militaire engagé dans la perpétration de crimes contre l'humanité. Dans les présentes circonstances, la culpabilité de l'appelant ne peut se poser que par association.

Une telle erreur constitue un motif suffisant pour annuler la décision de la Commission et renvoyer l'affaire pour un réexamen. En l'espèce toutefois, le tribunal tenant la nouvelle audience aurait la tâche de déterminer si les actes et les omissions de l'appelant relativement à la garde d'un prisonnier, de même que son appartenance à un groupe dont le code de conduite prévoit le meurtre de civils, suffisent pour invoquer la disposition d'exclusion. Bien que la Commission n'ait pas commenté la question de l'«appartenance», elle a conclu que la complicité de l'appelant dans la torture d'un prisonnier constituait un crime contre l'humanité. Les autres questions en litige doivent par conséquent être tranchées.

D) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que les actes ou les omissions de l'appelant constituaient un crime contre l'humanité?

Le succès du présent appel dépend maintenant de la réponse à deux questions, dont la première est la suivante: L'appartenance de l'appelant à une organisation militaire qui commet des actes inhumains envers la population civile suffit-elle en elle-même pour que l'on puisse invoquer la disposition d'exclusion? En d'autres termes, l'appelant est-il «coupable par association»? La deuxième question est plus spécifique. La participation de l'appelant à titre de gardien au cours de la torture d'un prisonnier permet-elle de présumer qu'il était un «complice», et qu'il est de ce fait visé par l'application de la disposition d'exclusion? La question suppose que l'on convienne que le «complice» est aussi coupable que l'«auteur» —celui qui appuie sur la détente. L'autre solution consiste à qualifier l'appelant de «spectateur innocent». Je me prononcerai sur les questions dans l'ordre où elles ont été posées.

### 1) Guilt By Association

It is well settled that mere membership in an organization involved in international offences is not sufficient basis on which to invoke the exclusion clause; see *Ramirez*, at page 317, and *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d 1427 (9th Cir. 1985), at page 1431. An exception to this general rule arises where the organization is one whose very existence is premised on achieving political or social ends by any means deemed necessary. Membership in a secret police force may be deemed sufficient grounds for invoking the exclusion clause; see *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), but see *Ramirez* at pages 318 *et seq.* Membership in a military organization involved in armed conflict with guerrilla forces comes within the ambit of the general rule and not the exception.

### 2) Accomplice v. Innocent By-stander

In addressing the second question (participation as a guard), it is helpful to outline the basic principles which inform the criminal law of Canada. While I do not suggest that the task of the Board is to arrive at a conclusion which is fully supported by the application of criminal law principles, direction may be taken from the words of Mr. Justice Dickson (as he then was) writing for a majority of the Court in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, in which he considered the offence of aiding and abetting (at pages 891 and 896):

Mere presence at the scene of a crime is not sufficient to ground culpability. Something more is needed: encouragement of the principal offender; an act which facilitates the commission of the offence, such as keeping watch on enticing the victim away, or an act which tends to prevent or hinder interference with accomplishment of the criminal act, such as preventing the intended victim from escaping or being ready to assist the prime culprit.

... I have great difficulty in finding any evidence of anything more than mere presence and passive acquiescence. Presence at the commission of an offence can be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors, such as prior knowledge of the principal offender's intention to commit the offence or attendance for the purpose of encouragement. There was no evidence that while the crime was being committed

### 1) Culpabilité par association

Il est bien établi que la simple appartenance à une organisation impliquée dans la perpétration de crimes internationaux ne permet pas d'invoquer la disposition d'exclusion; voir les arrêts *Ramirez*, à la page 317, et *Laipenieks v. I.N.S.*, 750 F. 2d (1985) (9th Cir. 1985), à la page 1431. La règle générale connaît une exception lorsque l'existence même de l'organisation repose sur l'atteinte d'objectifs politiques ou sociaux par tout moyen jugé nécessaire. L'appartenance à une force policière secrète peut être jugée suffisante pour que l'on puisse invoquer la disposition d'exclusion; voir l'arrêt *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), mais voir également l'arrêt *Ramirez*, aux pages 318 et suivantes. L'appartenance à une organisation militaire impliquée dans un conflit armé contre les forces de la guérilla est visée par la règle générale et non par l'exception.

### 2) Complice c. spectateur innocent

Pour répondre à la seconde question (participation à titre de gardien), il convient de souligner les principes fondamentaux qui sous-tendent le droit criminel canadien. Bien que je ne prétende pas que la tâche de la Commission consiste à en venir à une conclusion qui repose entièrement sur l'application des principes de droit criminel, j'estime utile de recourir aux propos du juge Dickson (tel était alors son titre), qui s'exprimait au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881, où il a étudié l'infraction d'aide et d'encouragement (aux pages 891 et 896):

La simple présence sur les lieux d'un crime n'est pas suffisante pour conclure à la culpabilité. Il faut faire quelque chose de plus: encourager l'auteur initial; faciliter la perpétration de l'infraction, comme monter la garde ou attirer la victime, ou accomplir un acte qui tend à faire disparaître les obstacles à la perpétration de l'acte criminel, comme par exemple empêcher la victime de s'échapper ou encore se tenir prêt à aider l'auteur principal.

... J'ai beaucoup de difficulté à décèler une preuve de quelque chose de plus que la simple présence et l'acquiescement passif. La présence au moment de la perpétration d'une infraction peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement si elle est accompagnée d'autres facteurs, comme la connaissance préalable de l'intention de l'auteur de perpétrer l'infraction ou si elle a pour but l'incitation. Il n'y a aucune preuve

either of the accused rendered aid, assistance, or encouragement to the rape. . . . There was no evidence of any positive act or omission to facilitate the unlawful purpose.

While mere presence at the scene of a crime (torture) is not sufficient to invoke the exclusion clause, the act of keeping watch with a view to preventing the intended victim from escaping may well attract criminal liability. In the instant case, however, the appellant could not have assisted in the prisoner's escape because he was never in possession of a key to the cell. In any event, a determination of the appellant's complicity should not hinge on possession of a key. In a similar vein, it remains to be determined whether the appellant should have attempted to prevent his superior officers from continuing with their acts of torture, as was inferred by the Board. The incisive reasoning of MacGuigan J.A. in *Ramirez* disposes readily of this argument (at pages 319-320):

One must be particularly careful not to condemn automatically everyone engaged in conflict under conditions of war. Probably most combatants in most wars in human history have seen acts performed by their own side which they would normally find reprehensible but which they felt utterly powerless to stop, at least without serious risk to themselves. While the law may require a choice on the part of those ordered actually to perform international crimes, it does not demand the immediate benevolent intervention, at their own risk, of all those present at the site. Usually, law does not function at the level of heroism.

Applying the criteria set out by Mr. Justice Dickson in *Dunlop and Sylvester v. The Queen* to the facts of the present appeal, I am driven to the conclusion that the appellant's acts or omissions would not be sufficient to attract criminal liability as a matter of law. The appellant did not possess any prior knowledge of the acts of torture to be perpetrated. Nor can it be said that the appellant rendered any direct assistance or encouraged his superior officers in the commission of an international crime. My opinion is fortified by the Supreme Court's decision to strike down the constructive murder provisions of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, for Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]

qu'au cours de la perpétration de l'acte criminel, l'un ou l'autre des accusés ait fourni une aide, une assistance ou une incitation au viol. . . . Il n'y a aucune preuve de quelque acte positif ou omission pour faciliter le dessein illicite.

a Si la simple présence sur les lieux d'un crime (la torture) n'est pas suffisante pour invoquer la disposition d'exclusion, l'acte qui consiste à monter la garde en vue d'empêcher la victime visée de s'échapper peut bien entraîner la responsabilité criminelle. En b l'espèce, toutefois, l'appelant n'aurait pu aider le prisonnier à s'échapper puisqu'il n'a jamais détenu la clef de la cellule. Quoiqu'il en soit, la détermination de la complicité de l'appelant ne devrait pas reposer c sur la possession d'une clef. Dans une même veine, il reste à déterminer si, comme l'a laissé entendre la Commission, l'appelant aurait dû tenter d'empêcher ses officiers supérieurs de poursuivre leurs actes de torture. Par son raisonnement tranchant, le juge Mac- d Guigan répond promptement à cet argument dans l'arrêt *Ramirez* (aux pages 319 et 320):

Il faut prendre particulièrement soin de ne pas condamner automatiquement quiconque est mêlé à un conflit en situation de guerre. Dans la plupart des guerres de l'histoire de l'humanité, la plupart des combattants ont probablement vu leur propre armée se livrer à des actes qu'ils auraient normalement trouvés répréhensibles mais qu'ils se sont sentis absolument incapables d'arrêter, du moins sans courir de risques graves. Bien que la loi puisse obliger ceux qui reçoivent l'ordre de commettre des crimes internationaux à faire un choix, elle ne requiert pas des gens se trouvant sur les lieux d'un tel crime qu'ils se portent immédiatement au secours des victimes à leurs propres risques. La loi n'a pas habituellement pour effet d'ériger l'héroïsme en norme.

e Appliquant les critères énoncés par le juge Dickson dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine* aux faits du présent appel, j'en arrive à la conclusion que les actes ou omissions de l'appelant ne suffiraient pas en droit pour entraîner sa responsabilité criminelle. f L'appelant n'avait aucune connaissance préalable des actes de torture qui devaient être perpétrés. On ne peut non plus affirmer qu'il a aidé directement ses officiers supérieurs ou les a encouragés à perpétrer un crime international. Mon opinion est renforcée par la décision de la Cour suprême du Canada d'annuler les dispositions du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34] en matière de meurtre par imputation dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, pour le motif qu'elles violaient l'article 7 (vie, liberté et sécurité de la personne) et l'alinéa 11*d*) de la Charte [Charte canadienne des droits et libertés, qui consti-

violation of section 7 (life, liberty and security of the person) and 11(d) (presumption of innocence).

The complicity of the appellant cannot be decided on the basis of criminal law provisions alone. As was stated in *Ramirez* (at page 315), “[a]n international convention cannot be read in the light of only one of the world’s legal systems.” I turn now to principles of refugee law which, not surprisingly, overlap those of criminal law.

It is settled law that acts or omissions amounting to passive acquiescence are not a sufficient basis for invoking the exclusion clause. Personal involvement in persecutorial acts must be established. In this regard the reasoning in *Ramirez* is both binding and compelling (at page 318):

At bottom, complicity rests in such cases, I believe, on the existence of a shared common purpose and the knowledge that all of the parties in question may have of it.

At page 320, MacGuigan J.A. concluded:

In my view, it is undesirable to go beyond the criterion of personal and knowing participation in persecutorial acts in establishing a general principle. The rest should be decided in relation to the particular facts.

Applying the above reasoning, we must determine whether the appellant’s conduct satisfies the criterion of “personal and knowing participation in persecutorial acts”. Equally important, however, is the fact that complicity rests on the existence of a shared common purpose as between “principal” and “accomplice”. In other words, *mens rea* remains an essential element of the crime. In my opinion, a person forcibly conscripted into the military, and who on one occasion witnessed the torture of a prisoner while on assigned guard duty, cannot be considered at law to have committed a crime against humanity.

On a superficial level, it could be maintained that the appellant knowingly assisted or otherwise participated in a persecutorial act. What is absent from that

tue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (présomption d’innocence).

La complicité de l’appelant ne peut être déterminée sur le fondement des seules dispositions du droit criminel. Comme on l’a indiqué dans l’arrêt *Ramirez* (à la page 315), «une convention internationale ne saurait s’interpréter à la lumière d’un seul des systèmes juridiques du monde». Je porte maintenant mon attention sur les principes du droit relatif aux réfugiés qui, il n’est guère surprenant, chevauchent ceux du droit criminel.

Il est reconnu en droit que les actes ou les omissions qui équivalent à un acquiescement passif ne permettent pas d’invoquer la disposition d’exclusion. Il faut établir une participation personnelle aux actes de persécution. À cet égard, le raisonnement exposé dans l’arrêt *Ramirez* est à la fois obligatoire et convaincant (à la page 318):

Je crois que, dans de tels cas, la complicité dépend essentiellement de l’existence d’une intention commune et de la connaissance que toutes les parties en cause en ont.

À la page 320, le juge MacGuigan, J.C.A., conclut ceci:

À mon avis, il n’est pas souhaitable, dans l’établissement d’un principe général, de dépasser le critère de la participation personnelle et consciente aux actes de persécution. Le reste devrait être tranché en fonction des faits particuliers de l’affaire.

Tenant compte du raisonnement précédent, nous devons déterminer si le comportement de l’appelant satisfait au critère de la «participation personnelle et consciente aux actes de persécution». Tout aussi important toutefois est le fait que la complicité repose sur l’existence d’un dessein commun, poursuivi par l’«auteur» et le «complice». En d’autres termes, la *mens rea* demeure un élément essentiel du crime. À mon avis, une personne recrutée contre son gré dans l’armée, et qui à une occasion a été témoin de la torture d’un prisonnier alors qu’elle était affectée à la garde de celui-ci, ne peut être considérée en droit comme ayant commis un crime contre l’humanité.

Superficiellement, il pourrait être maintenu que l’appelant a sciemment aidé ou autrement participé à un acte de persécution. Cette analyse ne renferme

analysis is any evidence supporting the existence of a shared common purpose. However, the evidence does establish that the appellant disassociated himself from the actual perpetrators by deserting the army within a relatively short period after his forcible enlistment. In the circumstances, the appellant's presence at the scene of a crime is tantamount to an act of passive acquiescence. Accordingly, there is no legal basis on which to rest the application of the exclusion clause.

In reaching this conclusion, I am influenced by one commentator's view that the closer a person is involved in the decision-making process and the less he or she does to thwart the commission of inhumane acts, the more likely criminal responsibility will attach; see M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, at page 343. Of course, the further one is distanced from the decision makers, assuming that one is not a "principal", then it is less likely that the required degree of complicity necessary to attract criminal sanctions, or the application of the exclusion clause, will be met. I take it for granted that 16-year-old foot soldiers will not be accorded the same legal treatment as those who command the war.

In reaching the conclusion that the acts of the appellant fail to meet the threshold established in *Ramirez*, I do not find it necessary to resort to the absolute defences often raised to absolve a claimant of culpability (e.g. duress). In my view, the requisite element of *mens rea* is simply lacking. As MacGuigan J.A. stated [at page 320], once the criterion of personal and knowing participation is accepted, "[t]he rest should be decided in relation to the particular facts." The facts in *Ramirez* are materially different from those relevant to the appellant's refugee claim.

Mr. Ramirez was seventeen when he enlisted in the Salvadoran army. Unlike the appellant, he enlisted voluntarily for a period of two years and then re-enlisted for a further term. He deserted the army after 33 months of service, during which time he had been

toutefois aucune preuve étayant l'existence d'un dessein commun. En outre, la preuve établit que l'appellant s'est dissocié des véritables auteurs en désertant l'armée dans un délai plutôt bref après avoir été recruté contre son gré. Compte tenu des circonstances, la présence de l'appellant sur les lieux d'un crime équivaut à un acte d'acquiescement passif. En conséquence, il n'y a aucun fondement juridique sur lequel puisse se fonder l'application de la disposition d'exclusion.

Ma conclusion est influencée par l'opinion d'un auteur suivant lequel plus une personne est impliquée dans le processus décisionnel et moins elle tente de contrecarrer la perpétration d'actes inhumains, plus il est vraisemblable qu'elle soit criminellement responsable; voir l'ouvrage de M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, à la page 343. Évidemment, plus une personne est éloignée des auteurs des décisions, en présumant qu'elle n'est pas l'«auteur», moins il est probable que le degré de complicité requis pour entraîner des sanctions criminelles ou l'application de la disposition d'exclusion sera atteint. Je tiens pour acquis que des soldats d'infanterie âgés de seize ans ne seront pas traités de façon identique sur le plan juridique que ceux qui sont aux commandes de la guerre.

Puisque je conclus que les actes de l'appellant n'atteignent pas le seuil établi dans l'arrêt *Ramirez*, j'estime inutile de recourir aux défenses absolues fréquemment invoquées pour absoudre le demandeur de toute culpabilité (par exemple la contrainte). À mon avis, l'élément de *mens rea* requis fait tout simplement défaut. Pour reprendre les propos du juge MacGuigan, J.C.A. [à la page 320], dès que le critère de la participation personnelle et consciente est accepté, «[l]e reste devrait être tranché en fonction des faits particuliers de l'affaire». Les faits de l'affaire *Ramirez* sont substantiellement différents de ceux qui sont pertinents quant à la revendication du statut de réfugié de l'appellant en l'espèce.

M. Ramirez était âgé de dix-sept ans lorsqu'il s'est engagé dans l'armée salvadorienne. Contrairement à l'appellant, il s'est porté volontaire pendant deux ans, et il a ensuite renouvelé son engagement. Il a déserté l'armée après trente-trois mois de service, période au

promoted through the ranks to sergeant. Moreover, he had participated in excess of 100 engagements and witnessed the torture and killing of as many prisoners (a fact described by the Court as a military way of life in El Salvador). In evaluating the applicability of the exclusion clause, MacGuigan J.A. held (at pages 326-327):

On a standard of “serious reasons for considering that . . . he has committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity,” I cannot see the appellant’s case as even a borderline one. He was aware of a very large number of interrogations carried out by the military, on what may have been as much as a twice-weekly basis (following some 130-160 military engagements) during his 20 months of active service. He could never be classed as a simple on-looker, but was on all occasions a participating and knowing member of a military force, one of whose common objectives was the torture of prisoners to extract information. This was one of the things his army did, regularly and repeatedly, as he admitted. He was a part of the operation, even if he personally was in no sense a “cheering section.” In other words, his presence at this number of incidents of persecution, coupled with his sharing in the common purpose of the military forces, clearly constitutes complicity. We need not define, for purposes of this case, the moment at which complicity may be said to have been established, because this case is not to my mind near the borderline. The appellant was no innocent by-stander: he was an integral, albeit reluctant, part of the military enterprise that produced those terrible moments of collectively deliberate inhumanity.

To convict the appellant of criminal liability for his actions would, of course, require an entirely different level of proof, but on the basis of the lower-than-civil-law standard established by the nations of the world, and by Canadian law for the admission of refugees, where there is a question of international crimes, I have no doubt that no properly instructed tribunal could fail to come to the conclusion that the appellant had been personally and knowingly involved in persecutorial acts.

In *Ramirez* the Court was satisfied “beyond a reasonable doubt” that the claimant had been personally and knowingly involved in persecutorial acts. The fact that Mr. Ramirez underwent an ideological conversion and then fled both the army and his country were not acts which by themselves could absolve him of complicity in crimes against humanity. In my view, what distinguishes the present case from *Ramirez* is the duration of the appellant’s military service, his military rank and the passive role which he played

cours de laquelle il avait été promu au rang de sergent. En outre, il avait participé à plus de cent engagements et assisté à la torture et au meurtre d’autant de prisonniers (un fait décrit par la Cour comme étant entré dans les mœurs militaires au Salvador). Dans son évaluation de l’applicabilité de la disposition d’exclusion, le juge MacGuigan, J.C.A. a tenu les propos suivants (aux pages 326 et 327):

Compte tenu du critère des «raisons sérieuses de penser . . . [q]u’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité», le cas de l’appelant ne peut même pas être qualifié de cas limite. Pendant ses vingt mois de service actif, il était conscient du très grand nombre d’interrogatoires menés par l’armée, peut-être aussi souvent que deux fois par semaine (après 130 à 160 engagements militaires). Il ne pourrait jamais entrer dans la catégorie des simples spectateurs. Il était chaque fois un membre actif et conscient d’une force armée dont l’un des objectifs communs était la torture de prisonniers pour en obtenir des renseignements. De son propre aveu, c’était l’une des activités auxquelles son armée se livrait régulièrement et de façon répétée. Il faisait partie de l’opération même si, personnellement, il n’applaudissait pas les actions accomplies. Autrement dit, sa présence pendant les incidents de persécution, jointe au fait qu’il partageait l’objectif commun des forces militaires, constitue clairement une forme de complicité. Il n’est pas nécessaire, pour les fins de la présente espèce, de déterminer à quel moment cette complicité a pu être établie, car cette affaire n’est pas du tout un cas limite. L’appelant n’était pas un spectateur innocent. Il faisait partie intégrante, même si c’était à son corps défendant, de l’entreprise militaire responsable de ces terribles moments d’inhumanité collective délibérée.

Pour reconnaître l’appelant criminellement responsable des actions qu’il a accomplies, il faudrait, bien sûr, appliquer une norme de preuve tout à fait différente. Mais étant donné que les nations du monde et le Canada ont adopté, en regard de l’admission des réfugiés lorsqu’il est question de crimes internationaux, une norme de preuve inférieure à celle du droit civil, il ne fait pas de doute qu’aucun tribunal correctement instruit ne pourrait conclure à autre chose qu’à la participation personnelle et consciente de l’appelant aux actes de persécution.

Dans l’arrêt *Ramirez*, la Cour était convaincue «hors de tout doute raisonnable» que l’auteur de la revendication avait participé personnellement et consciemment à des actes de persécution. Le fait que M. Ramirez se soit converti à une idéologie différente et qu’il ait par la suite fui l’armée et son pays ne peut en lui-même l’absoudre de complicité dans les crimes qui ont été commis contre l’humanité. À mon avis, ce qui distingue la présente affaire de l’affaire *Ramirez* est la durée du service militaire de l’appelant, son

in what clearly was a crime committed by ranking officers.

(E) Did the Board err in law by failing to determine the male appellant's eligibility under the inclusion clause?

Having concluded that the appellant's conduct does not provide a legal basis on which to invoke the exclusion clause, it is unnecessary for this Court to address this fundamental question. Nor is it necessary to decide a corollary issue; whether the Board has the discretion to weigh the nature of the crimes against humanity with the fate awaiting a claimant who would have been declared a Convention refugee were it not for the application of the exclusion clause. One way of restating that question is as follows: Did the Board err by failing to weigh evidence favouring the application of the exclusion clause against that favouring inclusion? These questions will have to be addressed another day; see *Ramirez, supra*, but see *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet*, [1992] 2 F.C. 598 (C.A.), per Marceau J.A., at pages 607-608.

I think it helpful to point out that it would have been preferable had the Board made a determination with respect to the appellant's refugee claim notwithstanding its decision to apply the exclusion clause. There are three reasons for this view.

First, as a practical matter it is extremely difficult to separate the grounds on which a claimant bases his or her refugee claim from the circumstances which might give rise to the application of the exclusion clause. In most cases, the claimant gives some evidence of complicity in crimes against humanity and then claims to have a well-established fear of persecution after deserting a military regime or police force which remains impervious to international conventions governing human rights; see *Velose*, Immigration Appeal Board 79-1017, August 24, 1979; *Giraud v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1982 (F.C.A.), No. A-1080-82; *Cruz v.*

rang militaire et le rôle passif qu'il a joué dans ce qui manifestement était un crime commis par des officiers supérieurs.

E) La Commission a-t-elle commis une erreur de droit en ne se prononçant pas sur l'admissibilité de l'appelant dans le cadre de la disposition d'inclusion?

Puisque j'ai conclu que le comportement de l'appelant ne justifie aucunement du point de vue juridique l'application de la disposition d'exclusion, il n'est pas nécessaire que je me penche sur cette question fondamentale. Il n'y a pas lieu non plus de trancher la question accessoire de savoir si la Commission a le pouvoir discrétionnaire d'apprécier la nature des crimes contre l'humanité par rapport au sort qui attend le demandeur qui aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été de l'application de la disposition d'exclusion. On peut formuler de nouveau la question de la façon suivante: La Commission a-t-elle commis une erreur en n'appréciant pas la preuve qui soutenait l'application de la disposition d'exclusion par rapport à celle qui appuyait l'application de la disposition d'inclusion? Il sera répondu à ces questions à un autre moment; voir l'arrêt *Ramirez*, précité, mais voir également l'arrêt *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, [1992] 2 C.F. 598 (C.A.), les motifs du juge Marceau, J.C.A., aux pages 607 et 608.

J'estime utile de souligner qu'il aurait été préférable que la Commission se prononce à l'égard de la revendication du statut de réfugié de l'appelant malgré sa décision d'appliquer la disposition d'exclusion, et ce, pour trois raisons.

D'une part, du point de vue pratique, il est extrêmement difficile de distinguer les motifs sur lesquels le demandeur fonde sa revendication du statut de réfugié des circonstances qui pourraient entraîner l'application de la disposition d'exclusion. Dans la plupart des cas, le demandeur offre une certaine preuve de complicité dans les crimes commis contre l'humanité et soutient ensuite qu'il craint avec raison d'être persécuté après avoir déserté le régime militaire ou la force policière qui demeure insensible aux conventions internationales régissant les droits de la personne; voir *Velose*, Commission d'appel de l'immigration 79-1017, 24 août 1979; *Giraud c. Canada*



*Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1989), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (I.A.B.), *Unnamed v. M.E.I.*, Convention Refugee Determination Division T89-00198, July 11, 1989; *Naredo and Arduengo v. Minister of Employment and Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (F.C.T.D.) and *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Mehmet, supra*; note that prior to January 1, 1989, the exclusion clause was not in force.

Second, in the event that the Board errs with respect to the application of the exclusion clause but has also ruled on the application of the inclusion clause, it may be unnecessary to refer the matter back to the Board. The same holds true if the Board rules on the inclusion clause, reaches a negative determination and dismisses the claim without turning to the exclusion criteria. Considerations of time and expense are always persuasive when establishing practical guidelines. I note that some panels of the Board have already recognized the benefits of making alternative rulings; see *Ramirez, supra*, and *Caballero v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-266-91, Marceau, Desjardins and Létourneau J.J.A., judgment dated 13/5/93, F.C.A., not yet reported.

Finally, aside from any practical considerations, it may well be that in certain cases the Board will be legally obligated to rule on the refugee claim irrespective of the applicability of the exclusion clause. That possibility arises in the context of spousal and dependent refugee claims and is discussed below.

(F) Did the Board err in law by applying the exclusion clause to the refugee claim of the female appellant?

The foregoing question must be addressed if only to dispel the misunderstanding that because the male appellant's claim hinges on the application of the exclusion clause, so too does that of the female appellant and the appellants' two children. As noted earlier, the Board concluded that as the female appellant's claim was made dependent on that of her hus-

(*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), 1982 (C.A.F.), n° A-1080-82; *Cruz c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1989), 10 Imm. L.R. (2d) 47 (C.A.I.), *Personne non nommée c. M.E.I.*, Section du statut de réfugié, T89-00198, 11 juillet 1989; *Naredo et Arduengo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1990), 37 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Mehmet*, précité; à remarquer que la disposition d'exclusion n'est entrée en vigueur que le 1<sup>er</sup> janvier 1989.

D'autre part, si la Commission commet une erreur relativement à l'application de la disposition d'exclusion mais qu'elle se prononce également sur l'application de la disposition d'inclusion, il peut être inutile de lui renvoyer l'affaire. Il en est de même si la Commission se prononce sur la disposition d'inclusion, tire une conclusion défavorable et rejette la revendication sans se pencher sur le critère d'exclusion. Les facteurs tels le temps et le coût sont toujours éloquentes dans l'élaboration de directives pratiques. Je remarque que certaines formations de la Commission ont déjà reconnu les avantages des décisions subsidiaires; voir *Ramirez*, précité, et *Caballero c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-266-91, juges Marceau, Desjardins et Létourneau, J.C.A., jugement en date 13/5/93, C.A.F., encore inédit.

Enfin, indépendamment des considérations pratiques, il se peut fort bien que, dans certains cas, la Commission soit légalement tenue de se prononcer sur la revendication du statut de réfugié, sans tenir compte de l'applicabilité de la disposition d'exclusion. Cette possibilité survient dans le contexte des revendications de statut de réfugié d'un conjoint et d'une personne à charge, et sera analysée ci-après.

F) La Commission a-t-elle commis une erreur en appliquant la disposition d'exclusion à la revendication du statut de réfugié de l'appelante?

Cette question doit être considérée, ne serait-ce que pour dissiper la conception erronée voulant que si la revendication de l'appelant dépend de l'application de la disposition d'exclusion, il en est de même pour celle de l'appelante et des deux enfants des appelants. Comme je l'ai signalé précédemment, la Commission a conclu que, la revendication de l'appe-

band, it too should fail as a result of the application of the exclusion clause. On reflection, it should be apparent that the Board is in error.

The Board wrongly assumes that the refugee claim of Ms. Sanchez is conditioned on the application of the exclusion clause when in truth it is conditioned on whether Mr. Moreno will be exposed to persecution if returned to El Salvador. The rationale underlying spousal or dependant refugee claims is simple. If there is a likelihood that the principal claimant will be exposed to persecution, then it is as likely that those who are dependent on that claimant will also be persecuted on the basis of that relationship; see *Astudillo v. Minister of Employment and Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (F.C.A.), per Heald J., at page 123; *Djama v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, A-738-90, Marceau J.A., judgment dated 5/6/92, F.C.A., not yet reported; and *Gonzalez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 (F.C.A.). The likelihood of the female appellant suffering persecution is not extinguished simply because the exclusion clause renders the male appellant ineligible for consideration.

For argument's sake, assume that the Board had determined that the male appellant would have been declared a Convention refugee were it not for the applicability of the exclusion clause. Assume further that the Board did not err in this determination. What possible legal justification exists for denying the female appellant's claim? There is none. The issue of whether there are "serious reasons for considering" that a claimant has committed crimes against humanity has no bearing on the refugee claim of a spouse and dependants who have neither directly nor indirectly participated in such crimes. The exclusion clause cannot serve as a means of effectively promoting retributive justice at the expense of innocent family members.

I should like to point out that the issue as outlined above is distinct from that pursued by the respondent and argued on appeal. Counsel framed the issue as follows:

lante ayant été faite en fonction de celle de son époux, elle devrait également être rejetée du fait de l'application de la disposition d'exclusion. Après réflexion, il est apparent que la Commission a commis une erreur.

La Commission a présumé à tort que la revendication du statut de réfugié de M<sup>me</sup> Sanchez était soumise à l'application de la disposition d'exclusion, alors qu'en réalité elle dépend de la question de savoir si M. Moreno sera persécuté s'il retourne au Salvador. Le raisonnement applicable aux revendications de statut de réfugié du conjoint et de la personne à charge est simple. Si le demandeur principal risque vraisemblablement d'être persécuté, les personnes à sa charge courent vraisemblablement le même risque du fait de cette relation; voir *Astudillo c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1979), 31 N.R. 121 (C.A.F.), les motifs du juge Heald, à la page 123; *Djama c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, A-738-90, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 5/6/92, C.A.F., encore inédit; et *Gonzalez c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1991), 14 Imm. L.R. (2d) 51 (C.A.F.). La probabilité que l'appelante soit persécutée n'est pas éteinte simplement du fait que la disposition d'exclusion rend la revendication de l'appellant irrecevable.

Pour les fins de la discussion, présumons que la Commission ait décidé que l'appellant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention n'eût été l'applicabilité de la disposition d'exclusion. Présuons également que la Commission n'a commis aucune erreur à cet égard. Pour quel motif juridique pourrait-on rejeter la revendication de l'appelante? Pour aucun. La question de savoir s'il existe de «sérieuses raisons de penser» que le demandeur a commis des crimes contre l'humanité n'a aucun rapport avec la revendication du statut de réfugié de la conjointe et des personnes à charge qui n'ont jamais participé, directement ou indirectement, à de tels crimes. La disposition d'exclusion ne peut servir à promouvoir efficacement une justice vengeresse aux dépens des membres innocents de la famille.

J'aimerais également souligner que la question posée ci-dessus est distincte de celle qui a été soulevée par l'intimé et débattue en appel. L'avocate a formulé la question dans les termes suivants:

Did the Refugee Division err in not considering the female Appellant's claim for Convention refugee status independently of her husband's claim?

It is true that Ms. Sanchez did not make an independent claim to refugee status in the sense that she did not advance grounds for fearing persecution which differed from those of her husband. For example, she could have alleged possible persecution on the ground that she is married to a person who is accused or guilty of crimes against humanity. Whether or not the failure to raise independent grounds of persecution and to adduce proper evidence of such at the time of the hearing would preclude her from raising the matter on appeal is an issue which we need not resolve; see *Caballero, supra*. Thus, the fact that Ms. Sanchez did not advance independent grounds is of no consequence in the present circumstances.

It follows that the Board erred in law by failing to determine whether, for the purpose of evaluating the female appellant's dependant refugee claim, the male appellant would have been declared a Convention refugee.

### CONCLUSION

In my opinion, the Board erred when it denied the female appellant's claim without first determining whether her husband met the inclusion criteria set out in the Act. This error, together with the Board's erroneous finding that there are "serious reasons for considering" that the male appellant committed crimes against humanity are sufficient grounds on which to allow the appeal.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Board dated April 22, 1991, and remit the matter to a differently constituted panel for consideration on the basis that section F of Article 1 of the Convention has no application to the refugee claim of each of the appellants.

MAHONEY J.A.: I agree.

MCDONALD J.A.: I agree.

[TRANSDUCTION] La section du statut de réfugié a-t-elle commis une erreur en ne considérant pas la revendication du statut de réfugié de l'appelante indépendamment de la revendication de son époux?

Il est vrai que M<sup>me</sup> Sanchez n'a pas présenté une revendication du statut de réfugié distincte en ce qu'elle n'a soumis aucun motif de crainte d'être persécutée autre que ceux de son époux. Elle aurait pu alléguer par exemple la crainte d'être persécutée du fait qu'elle est l'épouse d'une personne accusée ou coupable de crimes contre l'humanité. Il ne nous appartient pas de décider si son défaut de soulever des motifs indépendants de persécution et de présenter une preuve régulière à cet égard au moment de l'audience l'empêche de soulever la question en appel; voir *Caballero*, précité. Par conséquent, le fait que M<sup>me</sup> Sanchez n'ait soumis aucun motif distinct est sans conséquence dans les circonstances de l'es-  
pèce.

Il s'ensuit que la Commission a commis une erreur de droit en ne décidant pas si, pour les fins de l'appréciation de la revendication du statut de réfugié de l'appelante à titre de personne à charge, l'appelant aurait été déclaré réfugié au sens de la Convention.

### CONCLUSION

À mon avis, la Commission a commis une erreur lorsqu'elle a rejeté la revendication de l'appelante sans d'abord déterminer si son époux satisfaisait au critère d'inclusion énoncé dans la Loi. Cette erreur, jointe à la conclusion erronée de la Commission qu'il existe de «sérieuses raisons de penser» que l'appelant a commis des crimes contre l'humanité, sont des motifs suffisants pour accueillir l'appel.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Commission rendue le 22 avril 1991, et je renverrais l'affaire à un tribunal formé différemment pour qu'il tienne compte du fait que la section F de l'article premier de la Convention ne s'applique à la revendication du statut de réfugié ni de l'un ni de l'autre des appelants.

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

A-705-91

A-705-91

**Dunstan Weerasinge** (*Appellant*)**Dunstan Weerasinge** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration**  
(*Respondent*)**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration**  
(*intimé*)*INDEXED AS: WEERASINGE v. CANADA (MINISTER OF  
EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (C.A.)**RÉPERTORIÉ: WEERASINGE c. CANADA (MINISTRE DE  
L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*Court of Appeal, Mahoney and Robertson JJ.A. and  
Henry D.J.—Toronto, August 11; Ottawa, September  
9, 1993.Cour d'appel, juges Mahoney et Robertson, J.C.A., et  
juge suppléant Henry—Toronto, 11 août; Ottawa,  
9 septembre 1993.

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Convention refugee claim heard by two members of Refugee Division, but reasons signed by only one, other having ceased to hold office — Immigration Act, s. 69.1 providing two members constituting quorum for hearing purposes — One member may hear and determine claim if claimant consenting — Absent consent, claimant entitled to hearing by two-member panel — As s. 63(2) (permitting remaining member to make disposition where member who has ceased to hold office unable to participate therein) denying right accorded by Act, express consent of claimant required for recourse thereto — That Board's lawyers reviewing Refugee Division's reasons not giving rise to reasonable apprehension of bias — Refugee Division lay tribunal required to decide issues affecting life, liberty and security of person without benefit of legal input — Legal review of reasons desirable, not offending natural justice.*

*Judicial review — Decisions of Refugee Division reviewed by staff lawyers prior to release — Whether creating appearance offensive to natural justice principles — Question to be approached as if deciding apprehension of bias allegation: whether informed person would think it more likely than not tribunal's decision influenced by staff lawyer's review — Staff lawyers not representing party — Minister rarely represented at Refugee Division hearings — RHO, claimants' representatives not necessarily legally qualified — Lay tribunal deciding claims involving life, liberty security — Legal review of reasons for decision desirable — Natural justice not offended — Review process open to abuse but no basis for concluding abuse herein.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été entendue par deux membres de la section du statut de réfugié, mais un seul a signé les motifs, l'autre ayant cessé d'exercer sa charge — L'art. 69.1 de la Loi sur l'immigration prévoit que le quorum de la section du statut lors d'une audience est constitué de deux membres — Si l'intéressé y consent, son cas peut être jugé par un seul membre — En l'absence d'un consentement, l'auteur de la revendication a droit à une audience tenue par un tribunal composé de deux membres — Puisque l'art. 63(2) (qui permet aux autres membres de rendre la décision lorsqu'un membre ayant cessé d'exercer sa charge n'est pas en mesure de participer à la décision) nie au demandeur un droit conféré par la Loi, ce dernier doit consentir expressément à son application — L'examen des motifs de la section du statut de réfugié par les avocats de la commission ne suscite aucune crainte raisonnable de partialité — La section du statut de réfugié est un tribunal formé de non juristes qui sont tenus de trancher des questions qui mettent en jeu la vie, la liberté et la sécurité de la personne, sans bénéficier d'un apport juridique — Que des avocats du Ministère examinent les motifs est souhaitable, et ne viole pas la justice naturelle.*

*Contrôle judiciaire — Décisions de la section du statut de réfugié examinées par des avocats du Ministère avant leur publication — En découle-t-il une violation des principes de justice naturelle? — La question doit être examinée comme s'il s'agissait de se pencher sur une allégation de crainte de partialité: la personne renseignée estimerait-elle vraisemblable que la décision du tribunal a été influencée par l'opinion des avocats qui en ont examiné les motifs? — Les avocats du Ministère ne représentent pas une partie — Le ministre est rarement représenté aux auditions de la section du statut de réfugié — L'agent d'audience et les conseillers des demandeurs ne sont pas nécessairement compétents en droit — Un tribunal formé de non juristes se prononce sur des revendications qui mettent en jeu la vie, la liberté et la sécurité de la personne — L'examen par des avocats des motifs d'une décision est souhaitable — Aucune violation de la justice naturelle — Le processus d'examen risque d'entraîner des abus, mais*

The appellant's Convention refugee claim was heard by two members of the Refugee Division. The legality of the decision was questioned in that only one member signed the published reasons, the other having ceased to hold office. *Immigration Act*, subsection 63(2) provides that where a member to whom subsection 63(1) applies (i.e. a member who has ceased to hold office) is unable to take part in the disposition of the matter, the remaining members may make the disposition. Section 69.1 provides that two members constitute a quorum for the purposes of a hearing. One member may hear and determine a claim if the person making the claim consents thereto.

The appellant also argued that the practice of the Board's staff lawyers reviewing the tribunal's reasons for decision before publication offended the principles of natural justice.

*Held*, the appeal should be allowed.

*Per Mahoney J.A.* (Robertson J.A. concurring): Absent consent, a Convention refugee claimant is entitled to a hearing by a two-member panel. Recourse to subsection 63(2) is a serious matter which denies a claimant a right accorded by the Act. A decision made by a single member is *prima facie* made without jurisdiction. When a claimant consents to or requests a hearing by a single member, that must be clearly put on the record. It should be likewise when recourse has been had to subsection 63(2). When subsection 63(2) is properly engaged, a complete statement of the material circumstances should be put on the record.

The review by staff lawyers did not involve an interested party participating in the decision making. A tribunal's staff lawyers do not represent a party. Refugee Division hearings are not usually adversarial. The Minister is rarely represented. The Refugee Hearing Officer is not the Minister's counsel, but is there to assist the tribunal to elicit the truth. As neither the RHO nor claimants' representatives need be legally qualified, the panel has not necessarily had any legal input before reaching a decision. The Refugee Division is a lay tribunal required to decide claims which involve the life, liberty and security of the person. It must do so within the framework of extensive, confusing, and sometimes confused, case law. It is required to give written reasons for decisions not favourable to claimants. The desirability of legal review of those reasons is manifest. It does not offend natural justice for the panel to seek advice on legal matters contained in its reasons after it has come to a decision on essentially a question of fact. While there is scope for abuse in the reasons review process, as in any case where a decision maker consults with others before publishing reasons, there was no evidence of abuse either in this case or generally. An informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought it through would not think it more likely than not that the tribunal's decision had been influenced by the review of its reasons by staff lawyers.

*rien ne permet de conclure qu'il y a eu abus dans la présente affaire.*

La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention de l'appelant a été entendue par deux membres de la section du statut de réfugié. La légalité de la décision a été contestée du fait qu'un seul membre en a signé les motifs, l'autre ayant cessé d'exercer sa charge. Le paragraphe 63(2) de la *Loi sur l'immigration* porte que, lorsque un membre auquel s'applique le paragraphe 63(1) (c'est-à-dire qu'il a cessé d'exercer sa charge) ne peut participer à la décision à rendre sur l'affaire, les autres membres peuvent rendre la décision. L'article 69.1 prévoit que le quorum lors d'une audience est constitué de deux membres. Si l'intéressé y consent, son cas peut être jugé par un seul membre de la section du statut.

L'appelant soutient également que la pratique de la commission de faire examiner les motifs du tribunal par des avocats du Ministère viole les principes de justice naturelle.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

Le juge Mahoney, J.C.A. (aux motifs duquel a souscrit le juge Robertson, J.C.A.): À moins qu'il consente à être jugé par un seul membre, l'auteur de la revendication a droit à une audience tenue par un tribunal composé de deux membres. Le recours au paragraphe 63(2) est une action grave qui nie au demandeur un droit conféré par la Loi. La décision d'un seul membre est à première vue rendue sans compétence. Lorsque le demandeur consent à être jugé par un seul membre, le dossier doit l'indiquer clairement. Il devrait en être de même lorsque l'on s'est prévalu du paragraphe 63(2). Lorsque l'on fait régulièrement intervenir le paragraphe 63(2), on doit verser au dossier une déclaration détaillée des circonstances pertinentes.

L'examen de la décision par les conseillers juridiques du Ministère ne met pas en cause une partie intéressée ayant participé à la prise de décision. Les avocats rattachés à un tribunal ne représentent pas une partie. Les audiences de la section du statut ne sont généralement pas de type accusatoire, le ministre étant rarement représenté. L'agent d'audience n'est pas l'avocat de ce dernier, son rôle consistant plutôt à aider le tribunal à obtenir la vérité. Comme l'agent d'audience et les conseillers des demandeurs ne sont pas nécessairement compétents en droit, le tribunal ne reçoit pas nécessairement un apport juridique avant de rendre sa décision. La section du statut est un tribunal formé de non juristes tenus de se prononcer sur des revendications qui mettent en jeu la vie, la liberté et la sécurité de la personne. Ils doivent le faire en se conformant à une jurisprudence volumineuse, compliquée et quelquefois confuse. En outre, ils doivent motiver par écrit leurs décisions défavorables à l'intéressé. L'avantage de l'examen juridique de ces motifs est évident. Le tribunal qui prend une décision sur ce qui essentiellement est une question de fait ne viole aucunement les principes de la justice naturelle en demandant avis sur les questions juridiques contenues dans ses motifs. Le processus de l'examen des motifs peut certes entraîner des abus, comme dans le cas où l'auteur d'une décision consulte d'autres personnes avant de publier ses motifs, mais rien ne permet de conclure qu'il y a eu effectivement abus du processus, soit dans la présente affaire, soit de façon générale. La per-

*Per Henry D.J. (concurring in the result):* The Refugee Division has a duty to act judicially in accordance with the principles of natural justice. It determines issues which have significant implications for the life, liberty and security of the individual and it is therefore incumbent upon the tribunal to avoid an appearance of bias or lack of independence and to ensure that it is the tribunal's own decision and reasons therefor that are communicated to the parties. The circumstances herein leave an unanswered question as to the role, if any, of institutional legal advisors in the tribunal's decision. A facility for review of the tribunal's decision was here disclosed and that could give rise to reversible error for breach of the rules of natural justice. The Court has the obligation to supervise this process and to inquire into the circumstances, including the admission of collateral evidence relevant to this issue. Had the appeal not been allowed on the first ground, the proceedings should have been adjourned to permit the Court to undertake an inquiry into this issue.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7
- Federal Court Immigration Rules*, SOR/93-22, R. 17.
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1305.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 59(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18), 61(1),(2) (as am. *idem*), 63(1) (as am. *idem*), (2) (as am. *idem*), 69.1(7) (as enacted *idem*), (8) (as enacted *idem*), (10) (as enacted *idem*), (11)(a) (as enacted *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673; 99 D.L.R. (3d) 561 (C.A.); *Re Emerson and Law Society of Upper Canada* (1983), 44 O.R. (2d) 729; 5 D.L.R. (4th) 294; 41 C.P.C. 7 (H.C.).

##### REFERRED TO:

*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R.

sonne bien renseignée qui étudierait la question de façon réaliste, pratique et exhaustive, n'estimerait pas vraisemblable que la décision du tribunal a été influencée par l'opinion des avocats qui en ont examiné les motifs.

- a Le juge suppléant Henry (motifs concordants quant au résultat): La section du statut de réfugié est tenue d'agir judiciairement, en conformité avec les principes de justice naturelle. Elle tranche des questions dont les répercussions sur la vie, la liberté et la sécurité de l'intéressé sont considérables; il incombe par conséquent au tribunal d'éviter de créer une apparence de partialité ou d'absence d'indépendance, et de faire en sorte que soient communiqués aux parties la décision et les motifs du tribunal lui-même. Dans la présente affaire, les circonstances révélées laissent entière la question du rôle, le cas échéant, dans la décision du tribunal, des conseillers juridiques du Ministère. En l'espèce, on a révélé l'existence d'un processus d'examen de la décision du tribunal qui risque d'entraîner une erreur réformable pour violation des principes de justice naturelle. Cette Cour est tenue de superviser ce processus et d'examiner les circonstances, dont l'admission d'une preuve accessoire, pertinente relativement à la question en litige. Si d l'appel n'avait pas été accueilli sur le premier moyen, l'instance aurait été ajournée afin de permettre à la Cour d'entreprendre un examen de cette question.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- e *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7
- f *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 59(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18), 61(1),(2) (mod., *idem*), 63(1) (mod., *idem*), (2) (mod., *idem*), 69.1(7) (édicte, *idem*), (8) (édicte, *idem*), (10) (édicte, *idem*), (11)a (édicte, *idem*).
- g *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1305. *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration*, DORS/93-22, Règle 17.

#### JURISPRUDENCE

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Re Sawyer and Ontario Racing Commission* (1979), 24 O.R. (2d) 673; 99 D.L.R. (3d) 561 (C.A.); *Re Emerson and Law Society of Upper Canada* (1983), 44 O.R. (2d) 729; 5 D.L.R. (4th) 294; 41 C.P.C. 7 (H.C.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Committee for Justice and Liberty et autres. c. Office national de l'énergie et autres.*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; (1992), 90

(4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 47 Q.A.C. 169; 136 N.R. 5.

APPEAL from a Refugee Division decision on the ground that it was signed by but one of the two members who heard the claim, and on the ground that the review of the decision by tribunal counsel prior to its publication offended principles of natural justice. Appeal allowed.

COUNSEL:

*Rocco Galati* for appellant.  
*Harley R. Nott* for respondent.

SOLICITORS:

*Rocco Galati*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MAHONEY J.A.: The respondent was not called upon to address any of the arguments based on the merits of the appellant's claim to be a Convention refugee. In my opinion, this appeal must be allowed on the basis of one of the objections to the legality of the decision: the fact that it was made by only one of the two members of the Refugee Division who heard the claim.

The *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18)] provides:

63. (1) Any person who has resigned or otherwise ceased to hold office as a member of the Refugee Division or Appeal Division may, at the request of the Chairman, at any time within eight weeks after that event, make, or take part in, the disposition of any matter previously heard by that person and, for that purpose, the person shall be deemed to be such a member.

(2) Where a person to whom subsection (1) applies or any other member by whom a matter has been heard is unable to take part in the disposition thereof or has died, the remaining members, if any, who heard the matter may make the disposition and, for that purpose, shall be deemed to constitute the Refugee Division or the Appeal Division, as the case may be.

The claim was heard over three hearing days: January 23, May 2 and August 7, 1990. A draft decision dated

D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 47 Q.A.C. 169; 136 N.R. 5.

APPEL contre une décision de la section du statut de réfugié signée par un seul des deux membres ayant entendu la revendication et pour le motif que l'examen de la décision par les avocats rattachés au tribunal avant la publication de celle-ci viole les principes de justice naturelle. Appel accueilli.

AVOCATS:

*Rocco Galati* pour l'appelant.  
*Harley R. Nott* pour l'intimé.

PROCUREURS:

*Rocco Galati*, Toronto, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimé.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: L'intimé n'a pas été appelé à répondre aux arguments qui portent sur le bien-fondé de la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention de l'appelant. À mon avis, le présent appel doit être accueilli sur le fondement de l'une des objections visant la légalité de la décision: le fait qu'elle n'ait été prise que par l'un des deux membres de la section du statut qui ont entendu la revendication.

La *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18)] prescrit ceci:

63. (1) Le membre de la section du statut ou de la section d'appel qui a cessé d'exercer sa charge par suite de démission ou pour tout autre motif peut, à la demande du président et dans un délai de huit semaines après la cessation de ses fonctions, participer aux décisions à rendre sur les affaires qu'il avait préalablement entendues. Il conserve à cette fin sa qualité de membre.

(2) En cas de décès ou d'empêchement du membre visé au paragraphe (1), ou de tout autre membre y ayant participé, les autres membres qui ont également entendu l'affaire peuvent rendre la décision, et sont, à cette fin, réputés constituer la section d'appel ou du statut, selon le cas.

La revendication a nécessité trois jours d'audience: le 23 janvier, le 2 mai et le 7 août 1990. Le 20 décem-

December 20, 1990, was prepared. It contained the following:

The presiding member, Vara Singh ceased to hold office as a member of the Refugee Division and is unable to take part in the disposition of this matter. I am therefore signing these reasons ACC. to S. 63(2) as enacted by R.S.C. 1985.

That draft decision was never published. The decision in issue, dated March 1, 1991, is identical to the draft except that it does not contain the recited paragraph. There is nothing else on the record that explains why only one member made the decision. By March 1, 1991, the presiding member had, it is clear, been out of office for more than eight weeks and was disqualified from participating in the decision. It is by no means clear that he was likewise disqualified when the decision was ready for delivery December 20, 1990.

Draft reasons are not among the material which Rule 17 of the *Federal Court Immigration Rules*, 1993 [SOR/93-22], now permits to be included in a record nor were they among the things that general Rule 1305 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], which applied to this appeal once leave was granted, permitted to be included without agreement of the parties or an order of the Court. Nothing properly on the record in this appeal supports recourse to subsection 63(2).

Section 69.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18] of the Act provides, in part,

69.1 . . .

(7) Subject to subsection (8), two members constitute a quorum of the Refugee Division for the purposes of a hearing under this section.

(8) One member of the Refugee Division may hear and determine a claim under this section if the claimant so requests or consents thereto . . .

(10) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 60] Subject to subsection (10.1), in the event of a split decision, the decision favourable to the claimant shall be deemed to be the decision of the Refugee Division.

Subsection (10.1) is not in play.

The rights assured by section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being

bre 1990, une décision provisoire a été rédigée. Elle indiquait notamment ceci:

[TRADUCTION] La présidente de l'audience, Vara Singh, a cessé d'exercer sa charge à la section du statut et elle est inhabile à participer à la décision à rendre sur la présente affaire. Je signe par conséquent les présents motifs conformément au paragraphe 63(2), adopté par L.R.C. (1985).

La décision provisoire n'a jamais été publiée. La décision en litige, datée du 1<sup>er</sup> mars 1991, est identique au projet, si ce n'est qu'elle n'invoque pas le paragraphe cité. Le dossier ne contient aucun autre élément expliquant la raison pour laquelle un seul membre de la section a rendu la décision. Au 1<sup>er</sup> mars 1991, il est évident que le président de l'audience, ayant quitté sa charge depuis plus de huit semaines, était inhabile à participer à la décision. Il n'est nullement évident qu'il était également inhabile lorsque la décision fut prête pour remise le 20 décembre 1990.

Les motifs provisoires ne font pas partie des documents que la Règle 17 des *Règles de la Cour fédérale en matière d'immigration* de 1993 [DORS/93-22] permet maintenant d'inclure au dossier, ni n'étaient-ils parmi les éléments que la Règle générale 1305 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], qui s'appliquait au présent appel une fois que l'autorisation était accordée, permettait d'inclure sans l'accord des parties ou sans ordonnance de la Cour. Aucun élément versé régulièrement au dossier du présent appel ne permet de recourir au paragraphe 63(2).

L'article 69.1 [édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18] de la Loi prévoit en partie ce qui suit:

69.1 . . .

(7) Le quorum de la section du statut lors d'une audience tenue dans le cadre du présent article est constitué de deux membres.

(8) Sur demande de l'intéressé ou avec son consentement, la revendication peut être jugée par un seul membre de la section du statut; . . .

(10) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 60] Sous réserve du paragraphe (10.1), en cas de partage, la section du statut est réputée rendre une décision en faveur de l'intéressé.

Le paragraphe (10.1) n'est pas pertinent.

La revendication du statut de réfugié au sens de la Convention met en jeu les droits garantis par l'ar-



Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] are put in issue when a claim to be a Convention refugee is made. Absent consent, a claimant is entitled to a hearing by a two-member panel and is entitled to the benefit of any disagreement between them. Recourse to subsection 63(2) is a serious matter which denies a claimant a right accorded by the Act. A decision made by a single member is *prima facie* made without jurisdiction. When a claimant consents to or requests a hearing by a single member, that must be, as it invariably has been, clearly put on the record. It should be likewise when recourse has been had to subsection 63(2).

As a matter of law and to ensure that justice is seen to have been done, when subsection 63(2) is properly engaged a complete statement of the material circumstances should be put on the record. Such statement may, of course, be included in the reasons for decision.

Another item which was improperly included in this record is a memorandum to "CRDD Members" from the Immigration and Refugee Board's Senior Legal Advisor in Toronto. It was not specific to this particular appeal. The full text, with emphasis added, follows.

In the last few months, the number of reasons received for review by legal services in Toronto has been overwhelming. On the average, we have received over 150 files per month. At the same time we have been working with a reduced staff due in part to special assignments in other units, resignations and normal summer vacations. The end result of this is that we have developed a substantial backlog of reasons. The seriousness of the problem has forced us to adopt some temporary changes to the reasons review process. When you receive your reasons back from legal services in the next few weeks you will notice the following changes:

- fewer and shorter comments
- no grammatical corrections, although we may circle the error
- no checking of references, although we will point out difficulties, if any

ticle 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. À moins qu'il consente à être jugé par un seul membre, l'auteur de la revendication a droit à une audience tenue par un tribunal composé de deux membres, et il a l'avantage de tout désaccord entre ces derniers. Le recours au paragraphe 63(2) est une action grave qui nie au demandeur un droit conféré par la Loi. La décision d'un seul membre est à première vue rendue sans compétence. Lorsque le demandeur consent à être jugé par un seul membre, le dossier doit, comme il l'a toujours fait, l'indiquer clairement. Il devrait en être de même lorsque l'on s'est prévalu du paragraphe 63(2).

En droit, et afin de garantir que justice paraisse avoir été rendue, lorsque l'on fait régulièrement intervenir le paragraphe 63(2), on doit verser au dossier une déclaration détaillée des circonstances pertinentes. Une telle déclaration peut, bien sûr, être incluse dans les motifs de la décision.

Un second document a été irrégulièrement déposé au dossier. Il s'agit de la note de service adressée aux «membres de la SSR» par la conseillère juridique principale de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié à Toronto. Elle ne portait pas spécifiquement sur le présent appel. Le texte intégral, dont les soulignements ont été ajoutés, suit.

[TRADUCTION] Au cours des derniers mois, un volume écrasant de motifs devant être examinés ont été envoyés aux services juridiques de Toronto. En moyenne, nous avons reçu plus de 150 dossiers par mois. Au même moment, nous avons dû subir une réduction de personnel en raison en partie d'affectations spéciales au sein d'autres unités, de démissions et de vacances d'été. Par conséquent, nous avons accumulé un arriéré considérable. La gravité de la situation nous a forcés à adopter certains changements temporaires dans le processus de l'examen des motifs. Lorsque vous recevrez vos motifs des services juridiques dans les quelques semaines prochaines, vous remarquerez les changements suivants:

- des commentaires moins longs et moins fréquents;
- aucune correction grammaticale, bien que l'erreur puisse être encerclée;
- aucune vérification de références, bien que nous continuions à souligner les difficultés, le cas échéant;

- no stylistic changes
- with respect to legal reasoning, the review will continue to be thorough although the comments will be shorter.

There will, of course, be certain reasons which will require a more thorough review, such as reasons which raise complex legal issues. These files will continue to receive a full review.

We hope that by doing a more cursory review of files for the next few weeks, we can eliminate the backlog and go back to our usual method of reviewing reasons.

Another measure we have adopted is to send a number of files to our Montreal and Ottawa colleagues. Their co-operation in assisting legal services in Toronto cope with the increased workload is greatly appreciated. We trust you will find their comments useful.

We appreciate your understanding and regret any inconvenience his may cause. As a word of caution, we recommend that you exercise extra care in reviewing your final draft.

Lastly, if you receive a set of reasons which has been reviewed in the limited manner outlined above, but you feel it should be thoroughly reviewed, please forward it back to us with an explanatory note and we will do our best to carry out a full review expeditiously.

Thank you again for your understanding.

The review described is far removed from the situations considered in the authorities the appellant cited where an interested party had participated in the decision making. A tribunal's staff lawyers do not represent a party.

In *Re Sawyer and Ontario Racing Commission*<sup>1</sup> the tribunal had, after reaching a conclusion and unknown to the accused, requested the prosecuting counsel to prepare written reasons which it adopted. In *Re Emerson and Law Society of Upper Canada*<sup>2</sup> the Secretary of the Law Society was required by regulation both to initiate a disciplinary proceeding and to draft the report of the Disciplinary Committee. The statute required that a written decision of the committee be sent to Convocation, which was empowered to take the actual disciplinary action. The committee adopted the Secretary's report as its decision.

Hearings by the Refugee Division are not ordinarily adversarial. The Minister is rarely represented.

<sup>1</sup> (1979), 24 O.R. (2d) 673 (C.A.).

<sup>2</sup> (1983), 44 O.R. (2d) 729 (H.C.).

- aucun changement de nature stylistique;
- quant au raisonnement juridique, l'examen sera toujours exhaustif, bien que les commentaires soient plus brefs

Certains motifs, tels ceux qui soulèvent des questions juridiques complexes, nécessiteront évidemment un examen plus approfondi. Ces dossiers feront encore l'objet d'un examen complet.

Nous espérons qu'en effectuant un examen plus superficiel des dossiers pendant les quelques semaines à venir, nous parviendrons à éliminer l'arriéré et à reprendre notre méthode habituelle d'examen des motifs.

Nous avons également décidé d'envoyer certains dossiers à nos collègues de Montréal et d'Ottawa. Nous apprécions grandement leur collaboration, qui aide les services juridiques de Toronto à faire face à l'augmentation de la charge de travail. Nous espérons que vous trouverez leurs commentaires utiles.

Nous apprécions votre compréhension et nous regrettons les inconvénients que la situation pourrait vous causer. En guise d'avertissement, nous vous recommandons d'être particulièrement attentif dans la révision de votre texte définitif.

Enfin, si vous recevez des motifs qui ont été examinés de la façon superficielle indiquée ci-dessus, mais que vous estimez qu'ils devraient être examinés exhaustivement, veuillez nous les retourner accompagnés d'une note explicative, et nous nous efforcerons d'effectuer un examen complet rapidement.

Encore une fois, merci de votre compréhension.

L'examen décrit ci-dessus s'apparente très peu aux situations considérées dans la jurisprudence invoquée par l'appelant, dans lesquelles une partie intéressée avait participé à la prise de décision. Effectivement, les avocats des services consultatifs rattachés à un tribunal ne représentent pas une partie.

Dans l'arrêt *Re Sawyer and Ontario Racing Commission*<sup>1</sup>, après avoir tiré une conclusion et à l'insu de l'accusé, le tribunal a demandé au procureur de la poursuite de rédiger des motifs, qu'il a ensuite adoptés. Dans l'arrêt *Re Emerson and Law Society of Upper Canada*<sup>2</sup>, le secrétaire du Bateau devait, conformément au règlement, amorcer une instance disciplinaire et rédiger le rapport du comité de discipline. La loi requérait qu'une décision écrite du comité soit envoyée à l'assemblée, qui était investie du pouvoir de prendre la mesure disciplinaire arrêtée. Dans sa décision, le comité a adopté le rapport du secrétaire.

Les audiences de la section du statut ne sont généralement pas de type accusatoire, le ministre étant

<sup>1</sup> (1979), 24 O.R. (2d) 673 (C.A.).

<sup>2</sup> (1983), 44 O.R. (2d) 729 (H.C.).

The refugee hearing officer is not his counsel. The RHO is there to assist the tribunal in getting at the truth. The RHO is not necessarily legally qualified. Claimants are entitled to representation by counsel and most choose to be. Counsel need not be legally qualified and many are not; they are frequently friends, relatives, clergymen or immigration consultants. The latter are not always competent. The result is that a panel has not necessarily had any legal input before reaching a decision.

The Refugee Division consists of such number of full and part-time members as the Governor in Council may decide. They are appointed for terms of up to seven years. A minimum of one-tenth are required to be barristers or advocates of a least five years' standing.<sup>3</sup> It would be pure coincidence if either member of a panel hearing a particular claim were legally qualified.

The Refugee Division is a lay tribunal required to decide claims which, as I have observed, involve the life, liberty and security of the person. It must do so within the framework of extensive, confusing, and sometimes confused, jurisprudence. It is required to give written reasons for decisions not favourable to claimants.<sup>4</sup> The desirability of legal review of those reasons is manifest. Having come to a decision on what is essentially a question of fact: whether the claimant has a well-founded fear of persecution for a reason that engages the Convention refugee definition, a tribunal does not, in my opinion, offend any tenet of natural justice by taking advice as to legal matters contained in its reasons.

While the reasons review process, both in the more limited format described in the memorandum and the full review format suggested, could be abused and result in the reviewing lawyers influencing the decisions to which the reasons relate, there is, in my opin-

<sup>3</sup> *Immigration Act*, ss. 59(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18]; 61(1) [as am. *idem*] and (2) [as am. *idem*].

<sup>4</sup> S. 69.1 (11)(a) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18].

rarement représenté. L'agent d'audience n'est pas l'avocat de ce dernier, son rôle consistant plutôt à aider le tribunal à obtenir la vérité. Il n'est pas nécessairement compétent en droit. Les auteurs d'une revendication ont le droit d'être représentés par un conseiller, ce dont se prévalent une grande partie d'entre eux. Les conseillers n'ont pas obligatoirement des compétences en droit, et de nombreux n'en ont pas; ils sont généralement des amis, des parents, des ecclésiastiques ou des conseillers en immigration. Ces derniers ne sont pas toujours compétents. En conséquence, le tribunal ne reçoit pas nécessairement un apport juridique avant de rendre sa décision.

La section du statut se compose de membres à temps plein et à temps partiel nommés par le gouverneur en conseil. Ils sont nommés pour un mandat maximal de sept ans, et au moins dix pour cent d'entre eux sont obligatoirement des avocats depuis au moins cinq ans<sup>3</sup>. Que l'un ou l'autre membre d'un tribunal qui entend une revendication ait des compétences en droit ne serait que pure coïncidence.

La section du statut est un tribunal formé de non juristes tenus de se prononcer sur des revendications qui, comme je l'ai souligné, mettent en jeu la vie, la liberté et la sécurité de la personne. Il doit le faire en se conformant à une jurisprudence volumineuse, compliquée et quelquefois confuse. En outre, il doit motiver par écrit ses décisions défavorables à l'intéressé<sup>4</sup>. L'avantage de l'examen juridique de ces motifs est évident. Le tribunal qui prend une décision sur ce qui essentiellement est une question de fait, à savoir si le demandeur craint avec raison d'être persécuté pour l'un des motifs visés par la définition de réfugié au sens de la Convention, ne viole à mon avis aucunement les principes de la justice naturelle en demandant avis sur les questions juridiques contenues dans ses motifs.

Le processus de l'examen des motifs, qu'il soit limité, comme le décrit la note de service, ou complet, comme il est suggéré, pourrait certes entraîner des abus, et les avocats réviseurs pourraient influencer sur les décisions auxquelles les motifs se rapportent,

<sup>3</sup> Paragraphes 59(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18], 61(1) [mod., *idem*] et (2) [mod., *idem*] de la *Loi sur l'immigration*.

<sup>4</sup> Art. 69.1 (11)(a) [éditée par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18].

ion, simply no foundation for a conclusion that it has been, in fact, abused, either in the case before us or generally. Any consultation by a decision maker before publishing a decision, including consultation by a judge with a law clerk, could be abused. As to whether there is an appearance offensive to our notions of natural justice, it seems to me that the question to be asked is, as in dealing with an assertion of a reasonable apprehension of bias, namely, whether an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought it through, would think it more likely than not that the tribunal's decision that a claimant was, or was not, a Convention refugee had been influenced by the review of its reasons by its staff lawyers.<sup>5</sup> In my opinion, that person would not think it likely.

I would allow the appeal, set aside the decision of the Refugee Division dated March 1, 1991, and remit the matter for rehearing by a differently constituted panel.

Robertson J.A.: I agree.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

HENRY D.J.: I agree with the disposition of this appeal as outlined by Mahoney J.A. upon the grounds of the absence of the second member of the tribunal. I do however have some reservations concerning the analysis in his later paragraphs about the issue raised by the appellant's counsel that the decision of the tribunal is flawed by a reasonable apprehension of bias.

Apart entirely from the judicial decisions cited by Mahoney J.A., I have considered the recent decisions of the Supreme Court of Canada in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282 and *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952. From these decisions it is apparent that the Supreme Court of Canada is in course of defining, on a case-by-case basis, the latitude that administrative tribunals have in taking legal

<sup>5</sup> *c.f. Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369.

mais, à mon avis, absolument rien ne permet de conclure qu'il y a eu effectivement abus du processus, soit dans l'affaire qui nous est soumise, soit de façon générale. Toute consultation par l'auteur d'une décision avant de publier celle-ci, notamment la consultation d'un auxiliaire juridique par un juge, pourrait entraîner des abus. Quant à savoir s'il paraît y avoir outrage à nos notions de justice naturelle, il me semble qu'il s'agit de savoir, lorsque l'on prétend par exemple qu'il existe une crainte raisonnable de partialité, si la personne bien renseignée qui étudierait la question de façon réaliste, pratique et exhaustive, estimerait vraisemblable que la décision du tribunal suivant laquelle un demandeur est ou n'est pas un réfugié au sens de la Convention a été influencée par l'opinion des avocats qui en ont examiné les motifs<sup>5</sup>. À mon sens, cette personne estimerait une telle possibilité peu vraisemblable.

J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la section du statut du 1<sup>er</sup> mars 1991 et je renverrais l'affaire devant un tribunal constitué différemment pour une nouvelle audition.

Le juge Robertson, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE SUPPLÉANT HENRY: Je souscris à la décision du juge Mahoney dans le présent appel en raison de l'absence d'un second membre du tribunal. J'ai toutefois quelques réserves concernant l'analyse qu'il effectue dans les paragraphes subséquents sur la question soulevée par l'avocat de l'appellant, à savoir que la décision du tribunal est viciée par une crainte raisonnable de partialité.

Indépendamment des arrêts cités par le juge Mahoney, j'ai examiné les décisions récentes de la Cour suprême dans les arrêts *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, et *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952. Il ressort de ces décisions que la Cour suprême du Canada délimite, chaque fois qu'un cas se présente, la mesure dans laquelle les tribunaux administratifs peuvent recourir

<sup>5</sup> Voir *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

or policy advice from others who are not the actual decision makers, in cases where the tribunal is required in part at least to act judicially. In the case at bar there is no question that the lay tribunal (the Refugee Division) has a duty to act judicially in accordance with the principles of natural justice. It has to determine whether or not an applicant is a "Convention refugee" which is a question of mixed fact and law; in so doing it determines issues having significant implications for the life, liberty and security of the individual and it is therefore incumbent upon the tribunal to avoid, even within the facility or practice of internal consultation with legal advisors, an appearance of bias or lack of independence and to ensure that it is the tribunal's own decision and reasons therefor that are communicated to the parties.

In the case at bar the circumstances disclosed leave an unanswered question as to the role (if any) in the decision of the tribunal, of institutional legal advisors described by Mahoney J.A. in the memorandum he cites. A facility for review of the tribunal's decision is here disclosed which can give rise to reversible error for breach of the rules of natural justice. In my opinion this Court has the obligation to supervise this process and to inquire into the circumstances raised by counsel for the appellant including the admission of collateral evidence relevant to this issue.

Had we not allowed the appeal on the first ground I would have adjourned the proceedings to permit the Court to undertake the inquiry into the issue which I have here addressed.

aux conseils juridiques et politiques de personnes qui ne sont pas les véritables auteurs de la décision concernée, dans les cas où le tribunal est tenu, à tout le moins en partie, d'agir judiciairement. En l'espèce, il n'y a pas de doute que le tribunal composé de membres non juristes (la section du statut de réfugié) est tenu d'agir judiciairement, en conformité avec les principes de justice naturelle. Il doit déterminer si le demandeur est un «réfugié au sens de la Convention», question mixte de fait et de droit; il tranche ainsi des questions dont les répercussions sur la vie, la liberté et la sécurité de l'intéressé sont considérables; il incombe par conséquent au tribunal d'éviter, même s'il lui est possible et usuel de consulter à l'interne des conseillers juridiques, de créer une apparence de partialité ou d'absence d'indépendance, et de faire en sorte que soient communiqués aux parties la décision et les motifs du tribunal lui-même.

Dans la présente affaire, les circonstances révélées laissent entière la question du rôle (le cas échéant), dans la décision du tribunal, des conseillers juridiques du Ministère, auquel renvoie la note de service citée par le juge Mahoney. Celle-ci révèle l'existence d'un processus d'examen de la décision du tribunal qui risque d'entraîner une erreur réformable pour violation des principes de justice naturelle. À mon avis, cette Cour est tenue de superviser ce processus et d'examiner les points soulevés par l'avocat de l'appelant, dont l'admission d'une preuve accessoire, pertinente relativement à la question en litige.

Si nous n'avions pas accueilli l'appel en nous fondant sur le premier moyen, j'aurais ajourné l'instance afin de permettre à la Cour d'entreprendre un examen de la question sur laquelle je me suis penché en l'espèce.

A-1239-92

A-1239-92

**Dimitry Bovbel** (*Applicant*)**Dimitry Bovbel** (*requérant*)

v.

c.

**The Minister of Employment and Immigration and the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board** (*Respondents*)

**Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et la Section du statut de réfugié de la Commission de l'Immigration et du statut du réfugié** (*intimés*)

*INDEXED AS: BOVBEL v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: BOVBEL c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Rouleau J.—Ottawa, November 15 and 26, 1993.\*

Section de première instance, juge Rouleau—Ottawa, 15 et 26 novembre 1993.\*

*Citizenship and Immigration — Immigration practice — Procedure under Immigration and Refugee Board's Reasons Review Policy to submit complete file to legal advisors to review draft reasons — Most, if not all, draft reasons submitted for review — Creating reasonable apprehension of lack of independence — As having access to entire file, counsel may review and assess evidence presented at hearing without any assurances review will not influence advice to author of reasons — Directive not to remove draft reasons with legal adviser's comments as may trigger concern in other panel members blatant attempt to influence — Raising doubt as to integrity of process and breaching principle of natural justice.*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — La procédure prévue dans la Politique de révision des motifs de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié consiste à soumettre le dossier entier à des conseillers juridiques afin qu'ils révisent l'ébauche des motifs — La plupart, sinon toutes les ébauches de motifs sont soumises à la révision — Cette pratique crée une crainte raisonnable de manque d'indépendance — Comme ils ont accès à l'ensemble du dossier, les conseillers sont en mesure de réviser et d'évaluer la preuve produite à l'audition sans garantie que cette révision n'aura aucune influence sur le conseil qu'ils donneront ensuite à l'auteur des motifs — La directive portant que l'ébauche des motifs comportant les commentaires du conseiller juridique ne doit pas être retirée du dossier puisqu'il se peut que ces commentaires suscitent un doute chez d'autres membres du tribunal, est une tentative flagrante d'influencer l'auteur — Elle soulève un doute quant à l'intégrité du processus et viole le principe de justice naturelle.*

This was an application to set aside the Convention Refugee Determination Division's decision denying the applicant Convention refugee status. The applicant, a citizen of the former U.S.S.R., defected from a fishing vessel at Halifax in 1991. He claimed Convention refugee status based on his political opinion. The CRDD Member's Handbook indicates that written reasons from Refugee Division members may be submitted in preliminary draft form to legal advisers in advance of the release of the reasons to the parties affected. The completed draft and case file, including transcripts or tapes of the actual hearing are sent to legal advisers for review. When the file is returned, the presiding member reviews the reasons, has final reasons typed, signs them and forwards the file to the other panel member for signature or to write concurring reasons. The applicant submitted that the procedures set out in the Immigration and Refugee Board's Reasons Review Policy breached the fundamental principle of natural justice that "he who decides must hear"; that under the present procedures there are grounds upon which one could conclude that a Board member may be

Il s'agit d'une demande visant à annuler la décision par laquelle la section du statut de réfugié a déterminé que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention. En 1991, le requérant, un citoyen de l'ancienne URSS, a déserté un bateau de pêche à Halifax. Il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention sur le fondement de ses opinions politiques. Le Guide à l'intention des commissaires indique que les motifs rédigés par les membres de la Section du statut de réfugié peuvent être soumis sous forme d'ébauche préliminaire au conseiller juridique avant leur transmission aux parties concernées. L'ébauche et le dossier du cas, dont les transcriptions ou les enregistrements de l'audience elle-même, sont envoyés aux conseillers juridiques pour qu'ils les révisent. Le président de l'audience révisé les motifs retournés, fait dactylographier les motifs définitifs, les signe et transmet le dossier aux autres membres du tribunal pour signature ou pour rédaction de motifs concordants. Le requérant soutient que les procédures énoncées dans la Politique de révision des motifs de la Commission violent le principe qui sous-tend les règles de jus-

\* Editor's Note: This decision has been reversed on appeal. The reasons for judgment of the Federal Court of Appeal will be reported in the Federal Court Reports.

\* Note de l'arrêviste: Cette décision a été infirmée en appel. Les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale seront publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale.

influenced by a legal advisor who has not heard the evidence. At the minimum, it was suggested that these procedures raised a reasonable apprehension that the decision was not made freely or independently. The respondents submitted that the procedures did not offend the principles of natural justice because the reasons review policy is not a mandatory process; legal advisors review draft reasons only upon request of the member; members have the option of accepting or rejecting any advice they may receive; the process is confined to a review of legal and policy matters; new evidence or issues are not to be considered without giving the affected party an opportunity to respond; and that while legal advisors may clarify the draft, they do not write independently of it, so that members maintain authorship of the reasons.

The issue was whether the Immigration and Refugee Board's Reasons Review Policy breached the rules of natural justice.

*Held*, the application should be allowed.

Consultation is an important element in the decision-making process of any specialized tribunal, particularly the Immigration and Refugee Board which is faced with an enormous case load involving many complex issues. It is not only acceptable, but desirable in so far as it fosters consistency amongst decision-makers. But this consultation must not interfere with the freedom of the Board member to decide according to his/her conscience and opinions. Even if it does not interfere with the actual freedom to decide, the process must be designed so as not to create an appearance of bias or lack of independence.

In practice most, if not all, draft reasons are submitted for review. The current policy gives rise to the perception that draft reasons are to be reviewed as a general rule, thus giving rise to a reasonable apprehension of a lack of independence.

The practice of allowing legal advisors access to the entire file also breached the principles of fundamental justice. A decision as to whether a person is a Convention refugee, although it involves questions of law, is for the most part a factual determination. This Court has the sole jurisdiction to ascertain whether the Board's findings of fact are supported by the evidence. Notwithstanding directives that legal advisors are to confine their review to legal and policy issues, by allowing counsel access to the entire file, counsel is in a position to review and assess the evidence presented at the hearing without any assurances that this review will not influence any advice that might subsequently be given to the author of the reasons. On the other hand, if counsel did not have access to the entire file, the facts as stated in the draft reasons would have to be accepted as presented. Any subsequent advice given with respect to the legal and policy issues raised by these facts would not be tainted by the legal advisor's own perception of

justice naturelle, portant que «celui qui décide doit entendre». Il soutient en outre qu'un examen des procédures actuelles permet de conclure que les commissaires sont susceptibles d'être influencés par un conseiller juridique qui n'a pas entendu les témoignages. À tout le moins, a-t-on laissé entendre, ces procédures suscitent une crainte raisonnable que la décision n'a pas été prise librement ou de façon indépendante. Les intimés soutiennent que les procédures n'offensent pas les principes de justice naturelle puisque la politique concernant la révision des motifs n'est pas obligatoire; les conseillers juridiques ne révisent l'ébauche des motifs qu'à la demande du commissaire; le commissaire a le loisir d'accepter ou d'écarter le conseil qu'il reçoit; le processus se limite à la révision des questions de droit et de principe; les nouveaux éléments de preuve et les nouvelles questions ne sont considérés que si la partie concernée a l'occasion d'y répondre; le conseiller juridique peut clarifier l'ébauche, mais il ne rédige pas indépendamment de celle-ci. Le commissaire demeure donc l'auteur des motifs.

Il s'agit de déterminer si la Politique concernant la révision des motifs de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié viole un principe de justice naturelle.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

La consultation forme une partie importante du processus décisionnel de tout tribunal spécialisé, en particulier de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui doit faire face à un volume énorme de dossiers soulevant de nombreuses questions complexes. La consultation est non seulement acceptable, mais elle est souhaitable dans la mesure où elle garantit l'uniformité au sein des décideurs. Toutefois, cette consultation ne doit pas constituer une entrave à la liberté du commissaire de trancher selon sa conscience et ses opinions. Même s'il n'entrave pas la liberté réelle des décideurs, le processus doit être conçu de façon telle qu'il ne suscite aucune apparence de partialité ou de manque d'indépendance.

En pratique, la plupart, sinon toutes les ébauches de motifs, sont soumises à la révision. Par son libellé actuel, la politique donne l'impression que, règle générale, l'ébauche des motifs doit être révisée, ce qui, à mon sens, crée une crainte raisonnable de manque d'indépendance.

La pratique qui consiste à donner aux conseillers juridiques accès au dossier entier viole également les principes de justice naturelle. Bien qu'elle soulève des questions de droit, la décision quant à savoir si une personne est un réfugié au sens de la Convention est en grande partie une décision de fait. Seule cette Cour est compétente pour vérifier si les conclusions de fait de la Commission sont appuyées par la preuve. Bien que, conformément aux directives, les conseillers juridiques doivent restreindre leur révision aux questions de droit et de principe, comme ils ont accès à l'ensemble du dossier, ils sont en mesure de réviser et d'évaluer la preuve produite à l'audition sans garantie que cette révision n'aura aucune influence sur le conseil qu'ils pourraient ensuite donner à l'auteur des motifs. D'autre part, si le conseiller n'avait pas accès au dossier entier, il devrait accepter tels quels les faits énoncés dans l'ébauche des motifs. Son avis subséquent sur les questions de droit et de principe soulevées par ces faits ne serait pas altéré par sa pro-

the facts which may differ from those of the actual decision-maker. In matters affecting the integrity of the decision-making process, an appearance of injustice is sufficient to raise concern.

The directive that the draft reasons with the legal advisor's comments should not be removed from the file as those comments might trigger a concern in other panel members, prompting them to dissent or to write separate, concurring reasons, or even to convince the author of the reasons to make further changes was a blatant attempt to influence. Most members of the Refugee Division have no legal training. An informed person could reasonably presume that advice coming from a lawyer and given to a Board member with no legal background, would be given great weight and could influence the member's final decision. This directive also raised a doubt as to the integrity of the process, giving rise to a reasonable apprehension of bias, and therefore breached the fundamental principles of natural justice.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 47 Q.A.C. 169.

##### CONSIDERED:

*Weerasinghe v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.).

#### AUTHORS CITED

United Nations. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. Geneva, 1988.

APPLICATION to set aside a decision denying the applicant Convention refugee status on the ground that the procedures set out in the Immigration and Refugee Board's Reasons Review Policy breached the principles of natural justice. Application allowed.

pre perception des faits, qui peut différer de celle de l'auteur véritable de la décision. En matière d'intégrité du processus décisionnel, l'apparence d'injustice suffit à susciter une crainte.

La directive portant que l'ébauche des motifs comportant les commentaires du conseiller juridique ne doit pas être retirée du dossier puisqu'il se peut que ces commentaires suscitent un doute chez d'autres membres du tribunal, les poussant à rédiger des motifs dissidents ou des motifs concordants, ou même à convaincre l'auteur des motifs d'y apporter d'autres modifications, est une tentative flagrante d'influencer l'auteur. La plupart des commissaires de la section du statut n'ont aucune formation juridique. Une personne renseignée pourrait raisonnablement présumer que le commissaire qui ne possède aucune formation juridique accorderait énormément de valeur au conseil d'un avocat, lequel pourrait influencer sur la décision finale du commissaire. Cette directive soulève également un doute quant à l'intégrité du processus, créant ainsi une crainte raisonnable de partialité. Elle viole par conséquent les principes fondamentaux de justice naturelle.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; 42 Admin. L.R. 1; 90 CLLC 14,007; 38 O.A.C. 321; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; 3 Admin. L.R. (2d) 173; 136 N.R. 5; 47 Q.A.C. 169.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Weerasinghe c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 C.F. 330 (C.A.).

#### DOCTRINE

Nations Unies. Bureau du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*. Genève, 1979.

DEMANDE visant à annuler la décision refusant au requérant le statut de réfugié au sens de la Convention pour le motif que la procédure exposée dans la Politique de révision des motifs de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié viole les principes de justice naturelle. Demande accueillie.



## COUNSEL:

*Ian E. Fine* for applicant.  
*Anne Turley* for respondent.

## SOLICITORS:

*Gold, Gulliver*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

ROULEAU J.: The applicant, a 27-year-old citizen of the former U.S.S.R., defected from a fishing vessel in Halifax on April 9, 1991. He claimed Convention refugee status on the basis of his political opinion. On February 11, 1992, the Convention Refugee Determination Division (the Board), determined that he was not a Convention refugee.

The Board found the applicant's contention that he had been persecuted to be exaggerated; that despite some alleged discrimination beginning at age 14, he had not experienced the types of restrictions on his human rights as outlined in the UNHCR Handbook [*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*] that would amount to persecution. To the contrary, the record indicates that the applicant attended a privileged English school, became an engineer and obtained a coveted seaman's visa.

The Board also concluded that his "political references" were not as serious as he had indicated to them. They found it implausible that, as Secretary of the Komsomol, he would denounce the Communist party as openly as claimed; further, they also felt that he would not have been issued a seaman's visa if his political views, as stated by him, were known. In summary, they determined that his evidence was not credible.

Even if they had believed his story, they were of the view that there was no more than a "minimal risk in Russia or a minuscule risk in Belarus", that he would be persecuted if returned. They noted that his political views are now commonplace in Belarus and

## AVOCATS:

*Ian E. Fine* pour le requérant.  
*Anne Turley* pour les intimés.

<sup>a</sup> PROCUREURS:

*Gold, Gulliver*, Ottawa, pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour les intimés.

<sup>b</sup> *Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE ROULEAU: Le 9 avril 1991 à Halifax, le requérant, un citoyen de l'ancienne URSS âgé de 27 ans, a déserté un bateau de pêche. Il a revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention sur le fondement de ses opinions politiques. Le 11 février 1992, la section du statut de réfugié (la SSR) a déterminé qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

La SSR a jugé exagérée la prétention du requérant qu'il avait été persécuté; elle a conclu qu'en dépit de la discrimination dont il aurait été l'objet à compter de 14 ans, ses droits de la personne n'ont pas subi les types de restrictions énoncés dans le Guide du HCNUC [*Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*] et assimilés à la persécution. Au contraire, le dossier indique que le requérant a fréquenté une école anglaise prestigieuse, qu'il a été reçu ingénieur et qu'il a obtenu un visa de marin convoité.

La SSR a également conclu que ses [TRADUCTION] «références politiques» n'étaient pas aussi sérieuses que ce qu'il avait indiqué. Elle a estimé peu probable qu'en sa qualité de secrétaire du Komsomol, il ait dénoncé le parti communiste aussi ouvertement qu'il le prétendait; en outre, elle a estimé qu'il n'aurait pas reçu un visa de marin si les opinions politiques dont il se dit tenant avaient été connues. Bref, a-t-elle déterminé, son témoignage n'était pas crédible.

Même si elle avait cru son récit, elle était d'avis que [TRADUCTION] «le risque [qu'il soit persécuté s'il retournait] en Russie ou au Belarus était [tout au plus] infime». Elle a remarqué que ses opinions politiques sont maintenant courantes au Belarus et en

Russia; that while he might have to compensate the owners of the fishing vessel for economic damages that they may have experienced as result of his defection, this would not amount to persecution. Furthermore, there was documentary evidence indicating that penalties for illegal exit had not been imposed since 1988, save for one instance reported by Amnesty International and this involved a one-year sentence. Finally, there was no credible evidence to support a finding that he would be prosecuted for treason because he allegedly was an accomplice in Mr. Popov's escape. For all these reasons, it was determined that he was not a Convention refugee.

Two issues arise out of this application; namely did the Board err in fact or law in determining that the applicant was not a Convention refugee within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1)]; and, secondly, did the Board breach a principle of natural justice by applying the Immigration and Refugee Board's (the IRB) Reasons Review Policy?

The first issue deals with the actual merits of the applicant's claim, and as I explained to the parties when they appeared before me, I was satisfied, having reviewed the record, that if this were the only issue before me, this application would fail. With respect to the second issue, both parties conceded that irrespective of the fact that the policy may not have been applied to the applicant's file, the substantive issue before me is whether or not the IRB's Reasons Review Policy breaches the rules of natural justice. The applicant's arguments in this regard have merit and form the basis for my decision to allow this appeal.

The applicant submitted that the procedures set out in the IRB's Reasons Review Policy breach a fundamental principle of the rules of natural justice, namely the principle that "he who decides must hear"; that upon a careful review of the procedures presently in place, there are grounds upon which one could conclude that a Board member may be influenced by a legal advisor who has not heard the evidence. At the very minimum, it was suggested that

Russie; que, même s'il devait être tenu de compenser les propriétaires du navire de pêche pour les pertes économiques qu'ils ont subies en raison de sa désertion, il ne s'agirait pas là de persécution. En outre, la preuve documentaire indique qu'aucune peine pour sortie illégale n'a été imposée depuis 1988, à l'exception d'un cas, signalé par Amnesty Internationale, où une peine d'un an a été imposée. Enfin, aucune preuve crédible n'appuyait la conclusion qu'il serait l'objet d'une poursuite du fait de sa complicité présumée dans l'évasion de M. Popov. Pour tous ces motifs, la SSR a déterminé qu'il n'était pas un réfugié au sens de la Convention.

La présente demande soulève deux questions: La SSR a-t-elle commis une erreur de fait ou de droit en déterminant que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention, au sens où l'entend le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1)]? La SSR a-t-elle violé un principe de justice naturelle en appliquant la Politique concernant la révision des motifs de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission)?

La première question porte sur le bien-fondé même de la revendication du requérant. Comme je l'ai expliqué aux parties lorsqu'elles ont comparu devant moi, j'ai été convaincu, sur examen du dossier, que s'il s'agissait là de la seule question à trancher, la demande serait refusée. En ce qui concerne la seconde question, les deux parties ont admis qu'indépendamment du fait que la Politique concernant la révision des motifs de la Commission n'a peut-être pas été appliquée au cas du requérant, il s'agit de déterminer au fond si cette politique viole les règles de justice naturelle. Les arguments du requérant à cet égard sont fondés et forment le fondement de ma décision d'accueillir le présent appel.

Le requérant soutient que les procédures énoncées dans la Politique de révision des motifs de la Commission violent le principe qui sous-tend les règles de justice naturelle, portant que «celui qui décide doit entendre». Il soutient en outre qu'un examen minutieux des procédures actuelles permet de conclure que les commissaires sont susceptibles d'être influencés par un conseiller juridique qui n'a pas entendu les témoignages. On a donné à entendre qu'à tout le

these procedures raise a reasonable apprehension that the decision was not made freely or independently.

Both parties agreed that the proper test to be used is whether the practice of submitting draft reasons to legal advisors for review, “would not be perceived by an informed person viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—as having breached his right to a decision reached by an independent tribunal thereby infringing this principle of natural justice”: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at page 335.

Consultation is an important element in the decision-making process of any specialized tribunal particularly the Immigration and Refugee Board which is faced with an enormous case load involving many complex issues. Consultation in this context is, in my view, not only acceptable but even desirable in so far as it fosters consistency amongst decision-makers. The outcome of a Convention refugee claim should not, after all, depend on the identity of the persons hearing the claim. This consultation must not, however, interfere with the freedom of the Board member to decide according to his/her conscience and opinions. Even if it does not interfere with the actual freedom to decide, the process must be designed so as not to create an appearance of bias or lack of independence.

The underlying objectives and rationale behind the Reasons Review Policy can be summarized as follows:

1. To provide assistance to members by giving direction on legal issues which arise from draft reasons;
2. To advise members of legal issues which have not been addressed in the reasons;
3. To advise members where the reasons depart from Federal Court or other relevant jurisprudence;

moins, ces procédures suscitent une crainte raisonnable que la décision ne soit pas prise librement ou de façon indépendante.

Les deux parties ont admis que le critère applicable est celui de savoir si «[u]ne personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, ne percevrait pas [la pratique qui consiste à soumettre l'ébauche des motifs à la révision par des conseillers juridiques] . . . comme une atteinte à son droit [à ce qu'une décision soit prise par un tribunal indépendant] . . . et ainsi comme une violation de ce principe de justice naturelle.»: *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, à la page 335.

La consultation forme une partie importante du processus décisionnel de tout tribunal spécialisé, en particulier de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui doit faire face à un volume énorme de dossiers soulevant de nombreuses questions complexes. Dans un tel contexte, la consultation est à mon avis non seulement acceptable, mais elle est souhaitable dans la mesure où elle garantit l'uniformité au sein des décideurs. Après tout, l'issue d'une revendication du statut de réfugié ne devrait pas reposer sur l'identité des personnes qui l'entendent. Toutefois, cette consultation ne doit pas constituer une entrave à la liberté du commissaire de trancher selon sa conscience et ses opinions. Même s'il n'entrave pas la liberté réelle des décideurs, le processus doit être conçu de façon telle qu'il ne suscite aucune apparence de partialité ou de manque d'indépendance.

Les objectifs et la raison d'être de la Politique concernant la révision des motifs peuvent être résumés ainsi:

1. Aider les commissaires en leur donnant des directives sur les questions juridiques soulevées dans l'ébauche des motifs.
2. Informer les commissaires de questions juridiques qui n'ont pas été traitées dans les motifs.
3. Informer les commissaires lorsque les motifs s'écartent des décisions de la Cour fédérale et d'autres décisions pertinentes.

4. To bring internal inconsistencies in the reasons to the attention of the members; and

5. To keep the Board advised of the developing trends in the jurisprudence of the Refugee Division and Appeal Division and of any inconsistencies in the jurisprudence.

My concerns are not with the policy itself, rather the procedures in place to implement its objectives. Counsel on behalf of the respondents submitted that the procedures presently in place do not offend the principles of natural justice because:

— the reasons review policy is not a mandatory process; legal advisors only review the draft reasons upon request of the member;

— members have the option of accepting or rejecting the advice they may receive;

— the process is confined to a review of legal and policy matters;

— new evidence or issues are not to be considered without giving the affected party an opportunity to respond; and

— legal advisors may clarify the draft, they do not write independently of it, therefore the members maintain authorship of the reasons.

Dealing with the first submission, namely that the review is optional, counsel for the respondents referred me to the CRDD Member's Handbook, at page 24:

Written reasons from Refugee Division members may be submitted in preliminary draft form to legal advisers in advance of the release of the reasons to the parties affected. A legal adviser peruses the draft reasons with certain objectives in mind. These are namely:

(a) to ensure that the reasons address the issues which need to be dealt with, and

(b) to ensure that decisions which depart from precedent are made knowingly and after full consideration of the jurisprudence. [Emphasis added.]

In reply, counsel for the applicant referred me to page 26 of the same handbook which reads:

#### ADMINISTRATIVE ROUTING OF WRITTEN REASONS

When a member has completed a draft set of reasons, the following steps are followed at the present time:

4. Porter à l'attention des commissaires les incompatibilités interne des motifs.

5. Tenir la Commission au courant des nouvelles tendances dans la jurisprudence de la section du statut de réfugié et de la section d'appel de l'immigration ainsi que de toutes incompatibilités dans la jurisprudence.

Ce n'est pas la politique elle-même qui me préoccupe, mais plutôt les procédures établies pour mettre en œuvre ses objectifs. L'avocate des intimés soutient que les procédures actuelles n'offensent pas les principes de justice naturelle pour les motifs suivants:

— la politique concernant la révision des motifs n'est pas obligatoire; les conseillers juridiques ne révisent l'ébauche des motifs qu'à la demande du commissaire;

— le commissaire a le loisir d'accepter ou d'écarter le conseil qu'il reçoit;

— le processus se limite à la révision des questions de droit et de principe;

— les nouveaux éléments de preuve et les nouvelles questions ne sont considérés que si la partie concernée a l'occasion d'y répondre;

— le conseiller juridique peut clarifier l'ébauche, mais il ne rédige pas indépendamment de celle-ci. Le commissaire demeure donc l'auteur des motifs.

En ce qui concerne le premier argument, portant que la révision est facultative, l'avocate des intimés m'a renvoyé aux pages 34 et 35 du Guide à l'intention des commissaires:

Les motifs rédigés par les commissaires de la Section du statut de réfugié peuvent être soumis sous forme d'ébauche préliminaire au conseiller juridique avant leur transmission aux parties concernées. Celui-ci les examine en tenant compte de certains objectifs, notamment:

a) s'assurer que les motifs abordent les questions à traiter;

b) s'assurer que les décisions qui s'éloignent de précédents sont prises en connaissance de cause et après un examen minutieux de la jurisprudence. [C'est moi qui souligne.]

En réponse, l'avocat du requérant m'a renvoyé à la page 38 du même guide:

#### ACHEMINEMENT DES MOTIFS ÉCRITS:

Voici, à l'heure actuelle, les étapes qui suivent la rédaction de l'ébauche des motifs par un commissaire:

1. The completed draft and the case file are sent to the regional legal advisers. Some files may be sent on to be reviewed by legal advisors in Ottawa. [Emphasis added.]

The IRB Case Processing Manual, a manual that serves as an operational guide to all employees of the IRB who are involved in the processing of cases that come before the Board, gives the following directions in chapter 6, at page 9:

**Decision and reasons prepared—Reserved decisions finalized, and Bench decisions with reasons to follow:**

1. The presiding member records the disposition on the CRDD Hearing Disposition Record and ensures that it is dated and signed by himself/herself and the other panel member and records any finding of “no credible basis” to be reflected in the decision.

2. The presiding member has reasons drafted and provides to his/her secretary for typing.

3. The member’s secretary types the draft reasons, returns them to the member for verification and forwards them with the file to Legal Services for review.

4. Legal Services returns the reasons with the file to the member’s secretary.

5. The presiding member reviews the reasons returned from Legal, has final reasons typed (the members proofread the final reasons), signs them and forwards the files to the other panel member for signature or to write concurring reasons. [Emphasis added.]

I was also referred to a December 8, 1989, memorandum from the Director of Legal Services, IRB, directed to all senior legal advisors, which indicates that the resources of legal services were being strained by the sheer volume of draft reasons being received and temporary measures were introduced to streamline the Reasons Review Policy to prevent a backlog from developing.

It would appear to me that while the policy is optional in theory, in practice most, if not all, draft reasons are submitted for review. This practice raises concerns not over the potential influence the practice may have over the Board members, but, rather, whether or not it places constraints over the member’s ability to decide freely and according to his/her own conscience.

1. L'ébauche et le dossier du cas sont envoyés aux conseillers juridiques régionaux. Certains dossiers peuvent être transmis aux conseillers juridiques d'Ottawa pour qu'ils les révisent. [C'est moi qui souligne.]

<sup>a</sup> Le Guide de traitement des cas de la CISR, qui sert de guide opérationnel à tous les employés de la Commission qui traitent les cas soumis à la SSR, énonce les directives suivantes à la page 9 du chapitre 6:

<sup>b</sup>

[TRADUCTION] **Décision et motifs rédigés—Rédaction définitive des décisions prises en délibéré, et décisions rendues à l'audience, les motifs étant à suivre:**

1. Le président de l'audience inscrit la décision dans le registre des décisions de la SSR et veille à ce qu'elle soit datée et signée par lui et l'autre commissaire. Il inscrit toute conclusion relative à l'absence d'un «minimum de fondement», que la décision doit refléter.

2. Le président de l'audience rédige des motifs et les transmet à son ou sa secrétaire qui les dactylographie.

3. Le ou la secrétaire du commissaire dactylographie l'ébauche des motifs, la retourne au commissaire pour vérification, et la transmet, de même que le dossier, aux Services juridiques pour révision.

<sup>e</sup>

4. Les Services juridiques retournent les motifs et le dossier à la secrétaire du commissaire.

<sup>f</sup>

5. Le président de l'audience révisé les motifs retournés par les Services juridiques, fait dactylographier les motifs définitifs (que le commissaire a corrigés), les signe et transmet le dossier aux autres membres du tribunal pour signature ou pour rédaction de motifs concordants. [C'est moi qui souligne.]

On a également invoqué une note de service transmise le 8 décembre 1989 par le directeur des Services juridiques de la Commission à tous les conseillers juridiques principaux, laquelle note indiquait que les ressources des services juridiques étaient grevées par le seul volume des ébauches de motifs reçus, et que des mesures temporaires visant à alléger la Politique concernant la révision des motifs étaient prises afin d'éviter un arriéré.

<sup>i</sup>

Il me semble que, bien qu'en théorie cette politique soit facultative, en pratique, la plupart, sinon toutes les ébauches de motifs, sont soumises à la révision. Cette pratique suscite des craintes non pas à l'égard de l'influence qu'elle est susceptible d'avoir sur les commissaires, mais plutôt quant à savoir si elle restreint la capacité des commissaires de trancher librement et selon leur conscience.

<sup>j</sup>

In *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, at issue was the consultation process implemented by la Commission des affaires sociales. This particular procedure said that a quorum may suggest that a particular matter should be discussed at a general meeting. The president could also refer a question for discussion without the approval of the quorum responsible for deciding the matter. Gonthier J., writing the reasons for the Court, had this to say, at page 974:

In my view, the mere fact that the president can of his own motion refer a matter for plenary discussion may in itself be a constraint on decision makers. In such circumstances, they may not feel free to refuse to submit a question to the "consensus table" when the president suggests this. Further, the statute clearly provides that it is the decision makers who must decide a matter. Accordingly, it is those decision makers who must retain the right to initiate consultation; imposing it on them amounts to an act of compulsion towards them and a denial of the choice expressly made by the legislature.

The Commission apparently wishes by this machinery to make the expertise of the Commission as a whole available to its members and to inform them of existing precedents. This is a praiseworthy motive. If the quorum has the advantage of the experience and opinions of its colleagues it may be in a position to render a more thoughtful decision. However, it is the quorum, and only the quorum, which has the responsibility of rendering the decision. If it does not want to consult, it must be truly free not to do so. This constraint, which is subjective for the decision makers, may also cause litigants to have an impression of objective bias. Compulsory consultation creates at the very least an appearance of lack of independence, if not actual constraint.

In the present case, there is no outside authority who can order that reasons be submitted for review. However, the policy, as currently worded, does give rise to the perception that draft reasons are to be reviewed as a general rule, and in my mind this does give rise to a reasonable apprehension of a lack of independence.

I do not feel that this finding alone is sufficient to warrant a holding that it constitutes a breach of the rules of natural justice. However, having determined that most, if not all, reasons are subject to review, I now wish to address my concerns with respect to other aspects of the review process.

As can be seen from the excerpts reproduced from the various handbooks and manuals that I have

Dans l'arrêt *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, il était question d'une procédure de consultation mise en place par la Commission des affaires sociales. Selon la procédure en question, le quorum pouvait suggérer qu'il y ait discussion en réunion générale d'un problème donné. Le président pouvait également renvoyer une question pour discussion sans l'approbation du quorum chargé de trancher la question. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Gonthier a fait les commentaires suivants à la page 974:

À mon avis, la simple possibilité que le président réfère, de son propre chef, une question pour discussion en plénière peut en soi constituer une contrainte pour les décideurs. Dans un tel contexte, ceux-ci ne se sentiront peut-être pas libres de refuser de soumettre une question à la «table des consensus» lorsque le président le suggère. De plus, la loi prévoit clairement que ce sont les décideurs qui doivent trancher la question. Ce sont donc ces décideurs qui doivent garder l'initiative de la consultation; la leur imposer équivaut à agir d'autorité envers eux et nier le choix exprès du législateur.

La Commission souhaite de toute évidence, par ce mécanisme, mettre à la disposition de ses membres l'ensemble de l'expertise de la Commission et les informer de la jurisprudence existante. Il s'agit là d'un but louable. Le quorum, fort de l'expérience et des opinions de ses collègues, sera peut-être en mesure de rendre une décision plus mûrie. C'est cependant le quorum, et le quorum seul, qui a la responsabilité de rendre la décision. S'il ne souhaite pas consulter, il doit être vraiment libre de ne pas le faire. Cette contrainte, subjective pour les décideurs, pourra également donner lieu à une apparence de partialité objective du point de vue du justiciable. Une consultation imposée crée à tout le moins une apparence de manque d'indépendance, sinon une contrainte réelle.

En l'espèce, aucune autorité extérieure ne peut ordonner la révision des motifs. Toutefois, par son libellé actuel, la politique donne effectivement l'impression que, règle générale, l'ébauche des motifs doit être révisée, ce qui, à mon sens, crée une crainte raisonnable de manque d'indépendance.

Je ne crois pas que cette conclusion seule permette de conclure que les principes de justice naturelle sont violés. Toutefois, ayant déterminé que la plupart, sinon tous les motifs, sont soumis à la révision, je souhaite maintenant me pencher sur les doutes que suscitent chez moi d'autres aspects de la procédure de révision.

Comme on peut le voir à partir des passages de différents guides reproduits ci-dessus, les conseillers

referred to earlier in my reasons, legal advisors receive not only a copy of the draft reasons, they also receive the whole file, including transcripts or tapes of the actual hearing. It follows that legal advisors have the authority to review these transcripts. When temporary measures were introduced in December 1989 to streamline the review process, legal advisors were told:

Do not spend a great deal of time verifying facts and names; it is important to look for inconsistencies that signal a problem with the facts before embarking on a time consuming review of the transcript.

In *Consolidated-Bathurst*, *supra*, at page 337, the Supreme Court of Canada made a distinction between discussions on factual matters and discussions on legal or policy issues. The Court stated that, given a summary of the facts, certain legal or policy issues may arise that involve the consideration of statutes, past decisions and perceived social needs. While a legal or policy decision may have some impact on the outcome of a complaint, they are in effect decisions which are independent from the immediate interest of the parties; it is the factual decisions that actually determine the outcome of the case. The Court felt the discussions on legal and policy matters could be justified. At pages 335-336 of their reasons, the Court made these remarks in respect of discussions on factual issues:

The determination and assessment of facts are delicate tasks which turn on the credibility of the witness and an overall evaluation of the relevancy of all the information presented as evidence. As a general rule, these tasks cannot be properly performed by persons who have not heard all the evidence and the rules of natural justice do not allow such persons to vote on the result. Their participation in discussions dealing with such factual issues is less problematic when there is no participation in the final decision. However, I am of the view that generally such discussions constitute a breach of the rules of natural justice because they allow persons other than the parties to make representations on factual issues when they have not heard the evidence. [Emphasis added.]

A decision as to whether or not a person is a Convention refugee, although it involves questions of law, is for the most part a factual determination. This Court has the sole jurisdiction to ascertain whether

juridiques reçoivent non seulement une copie de l'ébauche de motifs, mais également le dossier entier, dont les transcriptions ou les enregistrements de l'audience elle-même. Ils ont donc le pouvoir de réviser ces transcriptions. Lorsque des mesures temporaires ont été prises en décembre 1989 afin d'alléger le mécanisme de révision, les conseillers juridiques ont reçu la consigne suivante:

[TRADUCTION] Ne consacrez pas trop de temps à la vérification des faits et des noms; il importe de rechercher les incompatibilités qui signalent l'existence d'un problème quant aux faits avant d'entreprendre une révision de la transcription, laquelle demande beaucoup de temps.

Dans l'arrêt *Consolidated-Bathurst*, précité, à la page 337, la Cour suprême du Canada a établi une distinction entre les discussions portant sur des questions de fait et celles qui portent sur des questions de droit ou de principe. La Cour a indiqué que, compte tenu du résumé des faits, certaines questions de droit ou de principe peuvent être soulevées qui font appel à l'analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux perçus. Bien qu'une décision de droit ou de principe puisse avoir une certaine incidence sur l'issue d'une plainte, en fait, cette décision ne dépend pas de l'intérêt immédiat des parties; ce sont les décisions factuelles qui déterminent l'issue de l'affaire. La Cour a estimé que les discussions portant sur les questions de droit ou de principe pourraient être justifiées. Aux pages 335 et 336 de ses motifs, elle a fait les remarques suivantes à l'égard des discussions portant sur des questions de fait:

La détermination et l'évaluation des faits sont des tâches délicates qui dépendent de la crédibilité des témoins et de l'évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements présentés en preuve. En général, les personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve ne sont pas à même de bien remplir cette tâche et les règles de justice naturelle ne permettent pas à ces personnes de voter sur l'issue du litige. Leur participation aux discussions portant sur ces questions de fait pose moins de problèmes quand elles ne participent pas à la décision finale. Cependant, j'estime que ces discussions violent généralement les règles de justice naturelle parce qu'elles permettent à des personnes qui ne sont pas parties au litige de faire des observations sur des questions de fait alors qu'elles n'ont pas entendu la preuve. [C'est moi qui souligne.]

Bien qu'elle soulève des questions de droit, la décision quant à savoir si une personne est un réfugié au sens de la Convention est en grande partie une décision de fait. Seule cette Cour est compétente pour

the Board's findings of fact are supported by the evidence.

Notwithstanding directives that legal advisors are to confine their review to legal and policy issues, by allowing counsel access to the entire file, counsel is in a position to review and assess the evidence presented at the hearing without any assurances that this review will not influence any advice that might subsequently be given to the author of the reasons. I can envisage circumstances where this might occur. On the other hand, if counsel did not have access to the entire file, the facts as stated in the draft reasons would have to be accepted as presented. Any subsequent advice given with respect to the legal and policy issues raised by these facts would not be tainted by the legal advisor's own perception of the facts which may differ from those of the actual decision-maker.

In matters affecting the integrity of the decision-making process, an appearance of injustice is sufficient to raise concern. Accordingly I am of the view that the practice of allowing legal advisors access to the entire file, breaches the principles of fundamental justice.

I have one other concern with regards to this policy and that is the directive that appears at page 26 of the CRDD Member's Handbook:

When the review process has been completed and the author is satisfied with the reasons, the reasons and the file in the case will be sent to any other panel members. The author of the reasons should not remove the draft reasons with the legal advisor's comments from the file. It may be that those comments trigger a concern in other panel members prompting them to dissent or to write separate, concurring reasons, or even to convince the author of the reasons to make further changes. [Emphasis added.]

This offensive provision appears to be a blatant attempt to influence.

I am mindful of the fact that most members of the Refugee Division have no legal training. As Mahoney J.A., observed in *Weerasinge v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.), at page 337:

The Refugee Division consists of such number of full and part-time members as the Governor in Council may decide. They are appointed for terms of up to seven years. A minimum

vérifier si les conclusions de fait de la SSR sont appuyées par la preuve.

Bien que, conformément aux directives, les conseillers juridiques doivent restreindre leur révision aux questions de droit et de principe, comme ils ont accès à l'ensemble du dossier, ils sont en mesure de réviser et d'évaluer la preuve produite à l'audition sans garantie que cette révision n'aura aucune influence sur le conseil qu'ils pourraient ensuite donner à l'auteur des motifs. Je peux penser à des situations où cela pourrait se produire. D'autre part, si le conseiller n'avait pas accès au dossier entier, il devrait accepter tels quels les faits énoncés dans l'ébauche des motifs. Son avis subséquent sur les questions de droit et de principe soulevées par ces faits ne serait pas altéré par sa propre perception des faits, qui peut différer de celle de l'auteur véritable de la décision.

En matière d'intégrité du processus décisionnel, l'apparence d'injustice suffit à susciter une crainte. Je suis donc d'avis que la pratique qui consiste à donner aux conseillers juridiques accès au dossier entier viole les principes de justice naturelle.

Un second aspect de la politique me préoccupe. Il s'agit de la directive qui figure à la page 38 du Guide à l'intention des commissaires:

Lorsque le processus de révision est complété et que l'auteur est satisfait des motifs, ceux-ci et le dossier du cas seront transmis à tout membre du tribunal. L'auteur des motifs ne doit pas retirer du dossier l'ébauche des motifs comportant les commentaires du conseiller juridique. Il se peut que ces commentaires suscitent un doute chez d'autres membres du tribunal, les poussant à rédiger des motifs dissidents ou des motifs concordants, ou même à convaincre l'auteur des motifs d'y apporter d'autres modifications. [C'est moi qui souligne.]

Cette disposition choquante paraît être une tentative flagrante d'influencer l'auteur.

Certes, la plupart des commissaires de la section du statut n'ont aucune formation juridique. Comme le juge Mahoney, J.C.A., l'a fait remarquer dans l'arrêt *Weerasinge c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] 1 F.C. 330 (C.A.) à la page 337:

La Section du statut se compose de membres à temps plein et à temps partiel nommés par le gouverneur en conseil. Ils sont nommés pour un mandat maximal de sept ans, et au moins



of one-tenth are required to be barristers or advocates of at least five years' standing. It would be pure coincidence if either member of a panel hearing a particular claim were legally qualified.

An informed person could reasonably presume that advice, coming from a lawyer and given to a Board member with no legal background, would be given great weight and could influence the member's final decision. I find that this directive also raises a doubt as to the integrity of the process and therefore breaches the fundamental principles of natural justice.

In concluding, the Court of Appeal had occasion to comment on the Reasons Review Policy in *Weerasinghe, supra*. The appeal in that case was allowed on other grounds so the Court did not have to direct its attention to the issue of the legality of the decision in light of the policy. The following comments of Mahoney J.A., appear, at pages 337-338 of his reasons:

While the reasons review process, both in the more limited format described in the memorandum and the full format suggested, could be abused and result in the reviewing lawyers influencing the decisions to which the reasons relate, there is, in my opinion, simply no foundation for a conclusion that it has been, in fact, abused, either in the case before us or generally. Any consultation by a decision maker before publishing a decision, including consultation by a judge with a law clerk, could be abused. As to whether there is an appearance offensive to our notions of natural justice, it seems to me that the question to be asked is, as in dealing with an assertion of a reasonable apprehension of bias, namely, whether an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought it through, would think it more likely than not that the tribunal's decision that a claimant was, or was not, a Convention refugee had been influenced by the review of its reasons by its staff lawyers. In my opinion, that person would not think it likely.

Although he agreed with the disposition of the case, Henry D.J., had reservations concerning Mahoney J.A.'s analysis of the Reasons Review Policy. He writes, at page 339 of his reasons:

In the case at bar the circumstances disclosed leave an unanswered question as to the role (if any) in the decision of the tribunal, of institutional legal advisors described by Mahoney J.A. in the memorandum he cites. A facility for review of the tribunal's decision is here disclosed which can give rise to reversible error for breach of the rules of natural justice. In my

dix pour cent d'entre eux sont obligatoirement des avocats depuis au moins cinq ans. Que l'un ou l'autre membre d'un tribunal qui entend une revendication soit juridiquement qualifié ne serait que pure coïncidence.

a Une personne renseignée pourrait raisonnablement présumer que le commissaire qui ne possède aucune formation juridique accorderait énormément de valeur au conseil d'un avocat, lequel pourrait influencer sur la décision finale du commissaire. J'estime que cette directive soulève également un doute quant à l'intégrité du processus et viole par conséquent les principes fondamentaux de justice naturelle.

c Enfin, la Cour d'appel a eu l'occasion de se prononcer sur la Politique concernant la révision des motifs dans l'arrêt *Weerasinghe*, précité. Dans cette affaire, l'appel a été accueilli pour d'autres motifs, de sorte que la Cour n'a pas eu à se pencher sur la question de la légalité de la décision en regard de la politique. Le juge Mahoney, J.C.A., a apporté les commentaires suivants aux pages 337 et 338 de ses motifs:

e Le processus de l'examen des motifs, qu'il soit limité, comme le décrit la note de service, ou complet, comme il est suggéré, pourrait certes entraîner des abus, et les avocats réviseurs pourraient influencer sur les décisions auxquelles les motifs se rapportent, mais, à mon avis absolument rien permet de conclure qu'il y a eu effectivement abus du processus soit dans l'affaire qui nous est soumise, soit de façon générale. f Toute consultation par l'auteur d'une décision avant de publier celle-ci, notamment la consultation d'un auxiliaire juridique par un juge, pourrait entraîner des abus. Quant à savoir s'il paraît y avoir outrage à nos notions de justice naturelle, il me semble qu'il s'agit de savoir lorsque l'on prétend par exemple qu'il existe une crainte raisonnable de partialité, si la personne bien renseignée qui étudierait la question de façon réaliste, pratique et exhaustive, estimerait vraisemblable que la décision du tribunal suivant laquelle un demandeur est ou n'est pas un réfugié au sens de la Convention a été influencée par l'opinion des avocats qui en ont examiné les motifs. À mon sens, cette h personne estimerait une telle possibilité peu vraisemblable.

Bien qu'il ait souscrit à l'issue de l'affaire, le juge suppléant Henry a exprimé des réserves quant à l'analyse de la Politique concernant la révision des motifs du juge Mahoney, J.C.A. À la page 339 de ses motifs, il écrit ceci:

j Dans la présente affaire, les circonstances révélées laissent entière la question du rôle (le cas échéant), dans la décision du tribunal, des conseillers juridiques du Ministère, auquel renvoie la note de service citée par le juge Mahoney. Celle-ci révèle l'existence d'un processus d'examen de la décision du tribunal qui risque d'entraîner une erreur réformable pour vio-

opinion this Court has the obligation to supervise this process and to inquire into the circumstances raised by counsel for the appellant including the admission of collateral evidence relevant to this issue.

The opportunity to supervise this process presented itself before me and I am of the view that an informed person viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, would view the practice of allowing legal advisors reviewing draft decisions, access to the entire file, as breaching the principles of fundamental justice. For the same reasons, I find the directive that copies of draft reasons together with comments from the legal advisor should be provided to other panel members, also challenges the integrity of the process and gives rise to a reasonable apprehension of bias.

This application is allowed. I make no order as to costs.

lation des principes de justice naturelle. À mon avis, cette Cour est tenue de superviser ce processus et d'examiner les points soulevés par l'avocat de l'appelant, dont l'admission d'une preuve accessoire, pertinente relativement à la question en litige.

<sup>a</sup>

La possibilité de superviser ce processus m'a été offerte, et je suis d'avis qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, percevrait comme une violation des principes de justice naturelle la pratique qui consiste à donner aux conseillers juridiques qui révisent les motifs accès à l'ensemble du dossier. Pour les mêmes motifs, je conclus que la directive portant que les copies de l'ébauche des motifs et les commentaires du conseiller juridique doivent être transmis aux autres membres du tribunal, met également en doute l'intégrité du processus et crée une crainte raisonnable de partialité.

<sup>b</sup>

<sup>c</sup>

<sup>d</sup>

La demande est accueillie. Il n'y aura pas adjudication des dépens.

T-2251-92

T-2251-92

S/Cst. **Arthuro Nuosci** (*Applicant*)**Le gendarme spécial Arthuro Nuosci** (*requérant*)

v.

c.

**The Royal Canadian Mounted Police and Commissioner N. D. Inkster** (*Respondents*)**La Gendarmerie royale du Canada et le commissaire N. D. Inkster** (*intimés*)*INDEXED AS: NUOSCI v. CANADA (ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) (T.D.)**RÉPERTORIÉ: NUOSCI c. CANADA (GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, June 30; Vancouver, September 17, 1993.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa, 30 juin; Vancouver, 17 septembre 1993.

*RCMP — Major service offences — Special constable falsely accusing fellow officer of substance abuse — Application for judicial review of Commissioner's refusal to amend earlier decision dismissing appeal from Service Court's recommendation of discharge — RCMP Act, s. 45.16(8) permitting Commissioner to rescind, amend earlier decision on presentation of new facts or where error of fact or law — Alleged new facts: (1) RCMP not sharing in timely manner complaint received against witness testifying against applicant at Service Court hearing accusing said witness of offering woman drugs for sex; (2) applicant's counsel not advising Service Court of applicant's HIV positive status as mitigating factor — Commissioner correctly holding facts not new — Service Court aware of complaint against witness — Applicant aware of HIV positive status, even if counsel not — No error of fact or law.*

*GRC — Manquements graves au devoir — Gendarme spécial accusant faussement un autre membre d'avoir consommé de la drogue — Demande de contrôle judiciaire du refus du commissaire de modifier la décision par laquelle il avait rejeté l'appel de la recommandation du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire de licencier le requérant — L'art. 45.16(8) de la Loi sur la GRC permet au commissaire d'annuler ou de modifier sa décision si de nouveaux faits lui sont soumis ou s'il existe une erreur de fait ou de droit — Nouveaux faits allégués: (1) la GRC n'avait pas communiqué au requérant en temps opportun une plainte reçue contre une personne qui avait témoigné contre ce dernier à l'audience tenue par le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, accusant le témoin d'avoir offert de la drogue à une femme en échange de relations sexuelles; (2) l'avocat du requérant n'avait pas informé, comme facteur atténuant, le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire du fait que son client était séropositif — Le commissaire a eu raison de juger que les faits n'étaient pas nouveaux — Le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire était au courant de la plainte portée contre le témoin — Le requérant savait qu'il était séropositif, même si son avocat ne le savait pas — Aucune erreur de fait ou de droit.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — R. v. Stinchcombe holding common law right to make full answer and defence given new vigour after inclusion in Charter, s. 7 — Whether Stinchcombe applied to disciplinary hearing of major service offence under RCMP Act, carrying punishment of imprisonment for up to one year — Application of test in R. v. Wigglesworth to determine whether proceedings in respect of criminal or penal matter — As true penal consequences herein, application of Stinchcombe principles considered — Whether denied highest procedural protection known to law — Obligation to disclose not absolute, but Crown's discretion to determine relevance subject to judicial review — Commissioner correctly holding information not relevant to matter before Service Court.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Dans l'arrêt R. c. Stinchcombe, il a été jugé que le droit de présenter une défense pleine et entière reconnu par la common law avait acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion à l'art. 7 de la Charte — Question de savoir si l'arrêt Stinchcombe s'appliquait à l'audience disciplinaire tenue à la suite d'un manquement grave au devoir en vertu de la Loi sur la GRC, comportant une peine d'emprisonnement maximal d'un an — Application du critère énoncé dans l'arrêt R. c. Wigglesworth aux fins de la détermination de la question de savoir si l'instance est de nature criminelle ou pénale — Étant donné qu'en l'espèce, il y avait de véritables conséquences pénales, il a été tenu compte de l'application des principes énoncés dans l'arrêt Stinchcombe — Question de savoir si le requérant a été privé de la meilleure protection qu'offre le droit en matière de procédure — L'obligation de divulgation n'est pas absolue, mais le pouvoir discrétionnaire que possède la Couronne de déterminer la pertinence est assujéti au contrôle judiciaire — Le commissaire a correctement jugé que les*

This was an application for judicial review of the RCMP Commissioner's refusal to rescind or amend his earlier decision dismissing the applicant's appeal from the Service Court's recommendation that the applicant be discharged. The applicant was a Special Constable in the RCMP. In 1988 he was charged with the major service offence of having conducted himself in a disgraceful manner contrary to paragraph 25(o) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*. He had falsely accused a fellow officer, S/Cst. Divito, of substance abuse. Punishments that could be imposed upon conviction of a major service offence included: imprisonment for a term not exceeding one year; fine; loss of pay; demotion; loss of seniority or reprimand. The matter was heard by the Service Court. After a lengthy adjournment to allow the applicant to pursue access to certain information under the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, the Service Court found him guilty, recommended that he be discharged, imposed a fine and reprimand. The applicant appealed to the Commissioner who referred the case to the RCMP External Review Committee. It recommended that the appeal be dismissed, a conviction be registered on the disgraceful conduct charge, and that if the recommendation for dismissal be followed, the fine should be set aside. The Commissioner accepted that recommendation, along with the Trial Officer's finding as to credibility. The applicant was dismissed in 1989. He filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission, alleging that the RCMP was engaging in a discriminatory practice which deprived him of employment opportunities based on a disability i.e. HIV positive status. He alleged that he had tested HIV positive in June 1987, and that this information had come to the attention of his supervisor shortly thereafter through Divito. The applicant alleged that his condition was the real reason that he had been dismissed. The RCMP maintained that at the time of suspension and dismissal it was unaware of his alleged HIV positive status. The complaint was rejected and an application for section 18 relief against that decision was dismissed. The applicant then requested the Commissioner to rescind or amend his earlier decision pursuant to subsection 45.16(8), under which the Commissioner may rescind or amend his earlier decision on the presentation of new facts or where the Commissioner determines that there was an error as to any finding of fact or interpretation of law. The alleged new facts were that (1) the RCMP had not shared with the applicant in a timely manner information regarding a complaint that it had received that Divito had offered a woman drugs in exchange for sex; and (2) applicant's counsel had not drawn the fact that the applicant had tested positive for the HIV virus to the attention of the Service Court as a mitigating factor before sentencing because he had been unaware of the fact. In *R. v. Stinchcombe*, the Supreme Court of Canada held that the common law right to make full answer and defence had acquired new vigour by virtue of its inclusion in Charter, section 7. The applicant argued that *Stinchcombe* and Charter, section 7 entitled him to disclosure of material implicating Divito because it related to Divito's credibility, and Divito's testimony was critical in the Service Court decision. The respondents argued that *Stinchcombe*

*renseignements ne se rapportaient pas à l'affaire dont le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire était saisi.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le commissaire de la GRC avait refusé d'annuler ou de modifier la décision par laquelle il avait rejeté l'appel interjeté par le requérant contre la recommandation qu'avait faite le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire de le licencier. Le requérant était gendarme spécial au sein de la GRC. En 1988, il avait été accusé d'avoir commis un manquement grave au devoir, à savoir d'avoir eu une conduite honteuse, en violation de l'alinéa 25o) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*. Il avait faussement accusé un autre membre, le gendarme spécial Divito, d'avoir consommé de la drogue. Les peines qui pouvaient être infligées à la suite d'une condamnation pour un manquement grave au devoir étaient notamment l'emprisonnement maximal d'un an; l'imposition d'une amende; la perte de solde; la rétrogradation; la perte de l'ancienneté ou la réprimande. L'affaire a été entendue par le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire. Après un long ajournement visant à permettre au requérant d'obtenir l'accès à certains renseignements en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire a reconnu la culpabilité du requérant, a recommandé son licenciement, et a imposé une amende et une réprimande. Le requérant a interjeté appel au commissaire, qui a renvoyé l'affaire au Comité externe d'examen de la GRC. Le Comité a recommandé le rejet de l'appel et l'inscription d'une condamnation à l'égard de l'accusation de conduite honteuse; il a en outre recommandé de ne pas imposer d'amende si la recommandation relative au licenciement était suivie. Le commissaire a accepté cette recommandation, ainsi que la conclusion tirée par l'officier président au sujet de la crédibilité. Le requérant a été licencié en 1989. Il a déposé, devant la Commission canadienne des droits de la personne, une plainte dans laquelle il alléguait que la GRC avait commis un acte discriminatoire qui le privait de chances d'emploi en raison d'une déficience, à savoir la séropositivité pour le virus du sida. Il a allégué qu'on avait établi un sérodiagnostic positif à son égard en juin 1987 et que ce renseignement avait été porté à l'attention de son superviseur peu de temps après par l'entremise de M. Divito. Le requérant a allégué que cet état constituait le véritable motif de son licenciement. La GRC a affirmé qu'au moment de la suspension et du licenciement, elle ne savait pas que le requérant était séropositif. La plainte a été rejetée et une demande fondée sur l'article 18, visant à l'obtention d'une réparation par suite de cette décision, a été rejetée. Le requérant a alors demandé au commissaire d'annuler ou de modifier sa décision conformément au paragraphe 45.16(8), disposition qui permettait au commissaire d'annuler ou de modifier sa décision si de nouveaux faits lui étaient soumis ou s'il constatait avoir fondé sa décision sur une erreur de fait ou de droit. Les nouveaux faits allégués étaient (1) que la GRC n'avait pas communiqué au requérant en temps opportun des renseignements au sujet d'une plainte qu'elle avait reçue, selon laquelle Divito avait offert de la drogue à une femme en échange de relations sexuelles; et (2) que l'avocat du requérant n'avait pas porté à l'attention du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire le fait que son client

(which dealt with a lawyer who had been charged with theft, breach of trust and fraud) did not apply to disciplinary hearings.

The issues were (1) whether the Force should have voluntarily produced, in a timely manner, documentation in its possession, without requiring the applicant to resort to the formal processes of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act* to make full answer and defence to the case against him; (2) whether the Commissioner failed to recognize the mitigating effect of the applicant's medical disability in imposing sentence.

*Held*, the application should be dismissed.

The Commissioner correctly concluded that the alleged new facts were not new. The issue of the complaint against Divito was raised when the Service Court first convened. Whether or not applicant's counsel was aware of applicant's medical status prior to the resumed Service Court proceedings, the applicant was aware of it. He also correctly concluded that there was no error as to any finding of fact or interpretation of law.

In *R. v. Wigglesworth*, a two-part test was formulated to determine if proceedings are in respect of a criminal or penal matter: (1) whether the matter is of a public nature intended to promote public order and welfare; and (2) whether there are "true penal consequences". Where the two tests conflict, the "by nature" test must give way to the "true penal consequences" test. If an individual is subject to penal consequences such as imprisonment, he should be entitled to the highest procedural protection known to our law. The possibility of imprisonment for up to one year met the "true penal consequences" test and the application of the principles in *Stinchcombe* had to be considered. *Stinchcombe* held that the obligation of disclosure is not absolute, but the Crown's discretion to determine relevance remains subject to judicial review. The Commissioner found that the information sought did not relate directly to the matter before the Service Court, but was sought to impeach credibility. He considered that the complaint had been investigated, and that charges had not been laid nor disciplinary action taken, and that the applicant had not pursued statutory access to the material although the hearing had been adjourned to give him the opportunity to do so. That the applicant did not effectively challenge through judicial review or otherwise the Service Court's decision or the Commissioner's

était séropositif, comme facteur atténuant, avant la détermination de la peine, parce qu'il n'était pas au courant de ce fait. Dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, la Cour suprême du Canada a statué que le droit de présenter une défense pleine et entière reconnu par la common law avait acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion à l'article 7 de la Charte. Le requérant a soutenu que l'arrêt *Stinchcombe* et l'article 7 de la Charte lui donnaient droit à la divulgation des documents qui impliquaient Divito, parce qu'ils se rapportaient à la crédibilité de ce dernier, et que le témoignage de M. Divito avait une importance cruciale dans la décision du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire. L'intimé a soutenu que l'arrêt *Stinchcombe* (dans lequel un avocat avait été inculpé de vol, d'abus de confiance et de fraude) ne s'appliquait pas aux audiences disciplinaires.

Il s'agissait de savoir (1) si la Gendarmerie devait de plein gré produire, en temps opportun, les documents en sa possession, sans obliger le requérant à avoir recours aux procédures prévues par la *Loi sur l'accès à l'information* et par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour présenter une défense pleine et entière; (2) si le commissaire avait omis de reconnaître l'effet atténuant de la déficience médicale du requérant lorsqu'il avait imposé la peine.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

Le commissaire a correctement conclu que les faits allégués n'étaient pas nouveaux. La question de la plainte portée contre Divito avait été soulevée lorsque le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire avait tenu sa première audience. Que l'avocat du requérant ait ou non été au courant de l'état de santé de son client avant la reprise de l'audience devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, le requérant savait qu'il était séropositif. Le commissaire a également eu raison de conclure qu'il n'avait fondé sa décision sur aucune erreur de fait ou de droit.

Dans l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, on avait formulé un critère à double volet permettant de déterminer si l'instance était de nature criminelle ou pénale, à savoir: (1) si l'affaire était de nature publique et visait à promouvoir l'ordre et le bien-être publics; et (2) si l'affaire entraînait de «véritables conséquences pénales». En cas de conflit, le critère relatif aux «véritables conséquences pénales» doit l'emporter sur le critère relatif à la «nature». Si une personne est assujettie à des conséquences pénales telles que l'emprisonnement, elle doit avoir droit à la meilleure protection qu'offre le droit en matière de procédure. Le fait que cette personne est passible d'un emprisonnement maximal d'un an satisfait au critère relatif aux «véritables conséquences pénales» et il faut tenir compte de l'application des principes énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe*. Dans l'arrêt *Stinchcombe*, il a été jugé que l'obligation de divulgation n'était pas absolue, mais que le pouvoir discrétionnaire que possédait la Couronne de déterminer la pertinence demeurait assujetti au contrôle judiciaire. Le commissaire a conclu que les renseignements demandés ne se rapportaient pas directement à l'affaire dont était saisi le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, mais visaient plutôt à remettre en question la crédibilité. Il a tenu compte du fait que la plainte avait fait l'objet d'une enquête, qu'aucune accusation n'avait été

first decision militated against a finding that an error was made in reaching the Commissioner's later decision, particularly where no new facts were presented and where any alleged error was not based on any new information, other than the *Stinchcombe* decision which was not on all fours with the fact situation herein.

portée ni aucune mesure disciplinaire prise, et que le requérant ne s'était pas prévalu de la possibilité que lui donnait la loi d'avoir accès aux documents, et ce, bien que l'audience eût été ajournée de façon à lui permettre de le faire. Le fait que le requérant n'a pas contesté efficacement, au moyen du contrôle judiciaire ou autrement, la décision du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire ou la première décision du commissaire militait contre une conclusion selon laquelle le commissaire avait commis une erreur dans sa décision ultérieure, particulièrement lorsqu'aucun nouveau fait n'avait été soumis et lorsque l'erreur alléguée n'était pas fondée sur de nouveaux renseignements, si ce n'est l'arrêt *Stinchcombe*, dont les faits ne correspondaient pas exactement à ceux de l'espèce.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(d).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1618 (as enacted by SOR/92-43, s. 19).  
*Police Act*, R.S.O. 1980, c. 381.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9.  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 25(o), 36(1), 45.14(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16), 45.15 (as enacted *idem*), 45.16(8) (as enacted *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161.

##### DISTINGUISHED:

*Trimm v. Durham Regional Police*, [1987] 2 S.C.R. 582; *Colledge v. Niagara Regional Police Commission* (1983), 40 O.R. (2d) 340; 142 D.L.R. (3d) 655; 21 M.P.L.R. 19 (Div. Ct.).

##### CONSIDERED:

*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 193; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.  
*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, ch. R-9.  
*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 25o), 36(1), 45.14(1) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16), 45.15 (édicte, *idem*), 45.16(8) (édicte, *idem*).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.  
*Police Act*, L.R.O. 1980, ch. 381.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1618 (édicte par DORS/92-43, art. 19).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; (1987), 45 D.L.R. (4th) 235; [1988] 1 W.W.R. 193; 61 Sask. R. 105; 37 C.C.C. (3d) 385; 60 C.R. (3d) 193; 81 N.R. 161.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Trimm c. Police régionale de Durham*, [1987] 2 R.C.S. 582; *Colledge v. Niagara Regional Police Commission* (1983), 40 O.R. (2d) 340; 142 D.L.R. (3d) 655; 21 M.P.L.R. 19 (C. div.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 193; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161.

## REFERRED TO:

*Nuosci v. Canada (Human Rights Commission)*, T-2396-91, Jerome A.C.J., order dated 17/12/91, F.C.T.D., not yet reported.

APPLICATION for judicial review of the RCMP Commissioner's refusal to rescind or amend his earlier decision dismissing the applicant's appeal from the Service Court's recommendation that the applicant be discharged. Application dismissed.

## COUNSEL:

*Douglas A. Quirt* for applicant.  
*Dogan Akman* for respondents.

## SOLICITORS:

*Flannagan, Greenwood, Quirt, Associates*, Milton, Ontario, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

GIBSON J.:

RELIEF SOUGHT

This is an application for judicial review of a decision of the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police (the "Commissioner") made pursuant to subsection 45.16(8) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*,<sup>1</sup> (the "Act"), dated the 3rd day of June, 1992, whereby the Commissioner denied a request for rescission or amendment of his earlier decision in the same matter dated the 13th day of October, 1989. Subsection 45.16(8) was added to the Act by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16. It reads as follows:

## 45.16. . . .

(8) Notwithstanding subsection (7), the Commissioner may rescind or amend the Commissioner's decision on an appeal under section 45.14 on the presentation to the Commissioner of new facts or where, with respect to the finding of any fact or the interpretation of any law, the Commissioner determines that an error was made in reaching the decision.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. R-10.

## DÉCISION CITÉE:

*Nuosci c. Canada (Commission des droits de la personne)*, T-2396-91, juge en chef adjoint Jerome, ordonnance en date du 17-12-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite.

DEMANDE de contrôle judiciaire du refus du commissaire de la GRC d'annuler ou de modifier la décision par laquelle il avait rejeté l'appel interjeté par le requérant contre la recommandation qu'avait faite le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire de le licencier. Demande rejetée.

## AVOCATS:

*Douglas A. Quirt* pour le requérant.  
*Dogan Akman* pour les intimés.

## PROCUREURS:

*Flannagan, Greenwood, Quirt, Associates*, Milton (Ontario), pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

*Ce qui suit est la version française de l'ordonnance rendus en français par*

LE JUGE GIBSON:

RÉPARATION DEMANDÉE

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada (le «commissaire»), rendue en application du paragraphe 45.16(8) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*<sup>1</sup> (la «Loi»). Dans cette décision, datée du 3 juin 1992, le commissaire a rejeté une demande d'annulation ou de modification de sa décision antérieure rendue dans le même dossier, en date du 13 octobre 1989. Le paragraphe 45.16(8) a été ajouté à la Loi par l'article 16 de L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8. Ce paragraphe dispose:

## 45.16. . . .

(8) Par dérogation au paragraphe (7), le commissaire peut annuler ou modifier sa décision à l'égard d'un appel interjeté en vertu de l'article 45.14 si de nouveaux faits lui sont soumis ou s'il constate avoir fondé sa décision sur une erreur de fait ou de droit.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. R-10.

The relief sought is an order reinstating the applicant as a Special Constable in the Royal Canadian Mounted Police (the "Force") or, in the alternative, an order for a new hearing, together with an order for his costs throughout these proceedings on a solicitor-and-client scale.

### THE FACTS

The applicant was a Special Constable in the Force. On the 14th day of January, 1988, he was charged with the commission of a major service offence in that he did, between the 10th day of July, 1987 and the 18th day of August, 1987, at or near Toronto, conduct himself in a disgraceful manner contrary to paragraph 25(o) of the Act. Details of the disgraceful conduct, as described in an attachment to the charge, are as follows:

(a) On the 10th day of July 1987, you contacted Staff Sergeant William HILL of the York Regional Police Force Recruiting Section. You informed Staff Sergeant HILL that Special Constable Gabriel DIVITO, an applicant for engagement to the York Regional Police Force, had been in possession of two marijuana cigarettes on the 9th of July 1987 and had offered one of the marijuana cigarettes to you. You knew this to be false and falsely accused Special Constable Gabriel DIVITO of substance abuse.

(b) On the 29th day of July 1987, during an interview conducted by Constable Frank TAYLOR of the York Regional Police Force, you stated that Gabriel DIVITO had produced two marijuana cigarettes while in your car on the evening of the 9th day of July 1987 and that he offered one to you. You knew this to be false and repeated the false accusation against Gabriel DIVITO initially made on the 10th of July 1987.

(c) On the 18th day of August 1987, you made a false accusation against Special Constable Gabriel DIVITO during the course of giving ordered responses to questions put to you by Sergeant Robert HENDERSON in relation to a service investigation; to wit:

Q. Have you ever witnessed a criminal or other statutory offence by another member?

A. Yes.

Q. What offence?

A. Smoking marahuna. (sic)

Q. When did this occur?

A. In my vehicle.

Q. I didn't ask where, I asked when?

Le requérant cherche à obtenir une ordonnance qui le réintégrerait dans ses fonctions de gendarme spécial de la Gendarmerie royale du Canada (la «Gendarmerie») ou, à titre subsidiaire, une ordonnance de nouvelle audition; il demande également une ordonnance pour que lui soient adjugés ses dépens en l'instance sur la base procureur-client.

### LES FAITS

Le requérant était gendarme spécial dans la Gendarmerie. Le 14 janvier 1988, il a été accusé d'avoir commis un manquement grave au devoir, c'est-à-dire avoir eu une conduite honteuse, entre le 10 juillet et le 18 août 1987, à Toronto ou dans ses environs, contrairement à l'alinéa 25o) de la Loi. Voici les détails de la conduite honteuse comme ils sont décrits dans une annexe à l'acte d'accusation:

[TRADUCTION] a) Le 10 juillet 1987, vous êtes entré en rapport avec le sergent d'état-major William HILL de la Section de recrutement du corps de police régional d'York. Vous avez informé le sergent d'état-major HILL que le gendarme spécial Gabriel DIVITO, un postulant du corps de police régional d'York avait été en possession de deux cigarettes de marijuana, le 9 juillet 1987, et qu'il vous en avait offert une. Vous saviez que ce renseignement était faux et vous avez faussement accusé le gendarme spécial Gabriel DIVITO d'avoir consommé de la drogue.

b) Le 29 juillet 1987, pendant une entrevue menée par le gendarme Frank TAYLOR, du corps de police régional d'York, vous avez affirmé que Gabriel DIVITO avait produit deux cigarettes de marijuana pendant qu'il se trouvait dans votre voiture dans la soirée du 9 juillet 1987 et qu'il vous en avait offert une. Vous saviez que ce renseignement était faux et vous avez répété la fausse accusation que vous aviez initialement portée contre Gabriel DIVITO le 10 juillet 1987.

c) Le 18 août 1987, vous avez porté une fausse accusation contre le gendarme spécial Gabriel DIVITO au cours d'un interrogatoire que vous a fait subir le sergent Robert HENDERSON relativement à une enquête interne; à savoir:

Q. Avez-vous déjà vu un autre membre commettre une infraction criminelle ou une autre infraction à la loi?

R. Oui.

Q. Quelle infraction?

R. Fumer de la marijuana.

Q. Quand s'est produite cette infraction?

R. Dans mon véhicule.

Q. Je n'ai pas demandé «où?», j'ai demandé «quand?».



A. First week in July, possibly 9/10, I know it was a week-night.

Q. Who was the member?

A. Cst. Divito.

Q. What was your reaction?

A. I was surprised.

Q. Did he actually smoke marahuna (sic) or just possess it?

A. No, no, he smoked it.

Q. Did he offer you any?

A. Yes he did . . .

(d) On the 7th day of July 1987, you were ordered by Corporal M. KENNY, your immediate supervisor, not to attend or frequent guard posts when not required to do so on duty. On the 6th day of August 1987, you went to a guard post, known as Bravo Primary, in contravention of the order given to you by Corporal M. KENNY.

The relevant portions of section 25 of the Act, at the relevant time, read as follows:

25. Every member who

(o) conducts himself in a scandalous, infamous, disgraceful, profane or immoral manner, or

is guilty of an offence, to be known as a major service offence, and is liable to trial and punishment as prescribed in this Part.

Punishments for major service offences were prescribed in subsection 36(1) of the Act which then read as follows:

36. (1) Any one or more of the following punishments may be imposed in respect of a major service offence:

- (a) imprisonment for a term not exceeding one year;
- (b) a fine not exceeding five hundred dollars;
- (c) loss of pay for a period not exceeding thirty days;
- (d) reduction in rank;
- (e) loss of seniority; or
- (f) reprimand.<sup>2</sup>

The applicant first appeared before a Service Court presided over by a Superintendent Thivierge on the 9th day of May, 1988. The matter was adjourned that

<sup>2</sup> Both ss. 25 and 36 were part of Part II of the Act which was repealed and replaced by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, s. 16 which was assented to on the 26th day of March, 1986 and, as it is relevant to this matter, proclaimed in force on the 30th day of June, 1988.

R. La première semaine de juillet, le 9 ou le 10 peut-être, je sais que c'était un soir de semaine.

Q. Qui était le membre?

R. Le gendarme Divito.

<sup>a</sup> Q. Quelle a été votre réaction?

R. J'étais surpris.

Q. A-t-il effectivement fumé la marijuana ou l'avait-il simplement en sa possession?

<sup>b</sup> R. Non, non, il l'a fumée.

Q. Vous en a-t-il offert?

R. Oui . . .

d) Le 7 juillet 1987, votre superviseur immédiat, le caporal M. KENNY, vous a ordonné de ne pas vous rendre dans des postes de garde ou de vous y trouver lorsque votre service ne l'exigeait pas. Le 6 août 1987, vous êtes allé à un poste de garde, appelé «Bravo primaire», contrairement à l'ordre que vous avait donné le caporal M. KENNY.

<sup>d</sup> Les parties pertinentes de l'article 25 de la Loi, à l'époque en cause, disaient:

25. Commet un manquement grave au devoir et s'expose de ce fait aux sanctions disciplinaires et pénales prévues par la présente partie le membre qui, selon le cas:

<sup>e</sup> (o) a une conduite scandaleuse, infâme, honteuse, impie ou immorale;

Les peines pour les manquements graves au devoir étaient prévues au paragraphe 36(1) de la Loi qui disait alors:

<sup>g</sup> 36. (1) Les manquements graves au devoir sont passibles d'une ou de plusieurs des peines suivantes:

- <sup>a</sup> a) emprisonnement maximal d'un an;
- <sup>b</sup> b) amende maximale de cinq cents dollars;
- <sup>c</sup> c) perte de solde pendant au plus trente jours;
- <sup>d</sup> d) rétrogradation;
- <sup>e</sup> e) perte de l'ancienneté;
- <sup>f</sup> f) réprimande<sup>2</sup>.

<sup>i</sup> Le requérant a comparu pour la première fois devant un tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, présidé par un surintendant nommé Thivierge,

<sup>2</sup> Les art. 25 et 36 faisaient partie de la Partie II de la Loi, abrogée et remplacée par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8, art. 16, sanctionné le 26 mars 1986 et, pour ce qui intéresse l'espèce, proclamé en vigueur le 30 juin 1988.

day to allow the applicant to pursue access to certain documentation under the *Access to Information Act*<sup>3</sup> and the *Privacy Act*<sup>4</sup> that he considered essential to his defence. Whether or not this documentation in the possession of the Force should have been voluntarily produced in a timely manner in order to allow the applicant, without resort to the formal processes of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, to make full answer and defence to the case against him remained one of the issues in dispute before me more than five years later.

The matter did not resume until the 17th day of January, 1989. It was completed the next day and a decision of guilty as charged was delivered on the 19th day of January, 1989. Sentencing took place on the 8th day of February of that year. Superintendent Thivierge recommended the applicant be discharged and imposed a fine of five hundred dollars and a reprimand.

The applicant appealed the Service Court decision to the Commissioner on the 10th day of March, 1989, pursuant to subsection 45.14(1) [as enacted *idem*] of the Act which reads as follows:

45.14 (1) Subject to this section, a party to a hearing before an adjudication board may appeal the decision of the board to the Commissioner in respect of

(a) any finding by the board that an allegation of contravention of the Code of Conduct by the member is established or not established; or

(b) any sanction imposed or action taken by the board in consequence of a finding by the board that an allegation referred to in paragraph (a) is established.<sup>5</sup>

The appeal was referred to the Royal Canadian Mounted Police External Review Committee on the

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. A-1.

<sup>4</sup> R.S.C., 1985, c. P-21.

<sup>5</sup> See footnote 2, above. References in this section to an adjudication board, a mechanism that replaced service courts by virtue of the amendments to the Act made by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 8, extended to include service courts during the transition period.

le 9 mai 1988. L'affaire a été ajournée le jour même pour permettre au requérant d'obtenir l'accès à certains documents sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>3</sup> et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*<sup>4</sup>, documents qu'il considérait essentiels à sa défense. Plus de cinq ans plus tard, l'une des questions en litige dont je suis saisi, demeure celle de savoir si ces documents en la possession de la Gendarmerie auraient dû être volontairement produits en temps voulu pour permettre au requérant, sans qu'il n'ait à recourir aux formalités prévues dans la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, de présenter une défense pleine et entière à l'encontre des accusations portées contre lui.

L'audience n'a repris que le 17 janvier 1989. Elle a pris fin le lendemain et un verdict de culpabilité a été rendu le 19 janvier 1989. La sentence a été prononcée le 8 février suivant. Le surintendant Thivierge a recommandé le licenciement du requérant et il a imposé une amende de cinq cents dollars et une réprimande.

Le 10 mars 1989, le requérant a interjeté appel au commissaire de la décision du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, conformément au paragraphe 45.14(1) [édicte, *idem*] de la Loi qui dispose:

45.14 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, toute partie à une audience tenue devant un comité d'arbitrage peut en appeler de la décision de ce dernier devant le commissaire:

a) soit en ce qui concerne la conclusion selon laquelle est établie ou non, selon le cas, une contravention alléguée au code de déontologie;

b) soit en ce qui concerne toute peine ou mesure imposée par le comité après avoir conclu que l'allégation visée à l'alinéa a) est établie.<sup>5</sup>

L'appel a été renvoyé au Comité externe d'examen de la Gendarmerie royale du Canada le 21 juillet

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. A-1.

<sup>4</sup> L.R.C. (1985), ch. P-21.

<sup>5</sup> Voir la note 2, ci-dessus. Dans cet article, le «conseil d'arbitrage», un mécanisme qui a remplacé les tribunaux de juridiction pénale et disciplinaire en vertu des modifications apportées à la Loi par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 8 comprenait, pendant la période transitoire, les tribunaux de juridiction pénale et disciplinaire.

21st day of July, 1989, pursuant to subsection 45.15(1) [as enacted *idem*] of the Act which reads as follows:

45.15 (1) Before the Commissioner considers an appeal under section 45.14, the Commissioner shall refer the case to the Committee.

The Chairman of the Committee's findings and recommendations are dated the 1st day of September, 1989. At page 26 of his findings and recommendations, the Chairman recommended to the Commissioner that "the appeal be dismissed, a conviction being registered on the charge of disgraceful conduct based on the false accusation. I further recommend that, should the recommendation for dismissal be followed, the fine ought to be set aside."

The Commissioner disposed of the appeal on the 13th day of October, 1989 in the following terms:

As a starting point, I accept the advice of the ERC Chairman to divide the charge. Accordingly, I am concerning myself only with the evidence relating to the false accusation as support for the charge of disgraceful conduct. I also accept the decision of the Trial Officer as to the credibility of the witnesses. He had the opportunity to observe their demeanour on the stand and make judgments concerning veracity, and I am satisfied that he based his decisions upon the evidence received. In the absence of a patently obvious error I am therefore unwilling to substitute my judgment for his. Having thus accepted the credibility of S/Cst Divito, there is no question in my mind as to what occurred in this case.

In the present case the actions of S/Cst. Nuosci were premeditated and malicious. Although his ultimate motive remains unclear, I am satisfied that he deliberately set out to undermine the reputation of his fellow member, and the resulting damage is undoubtedly still being felt.

Whatever the ultimate parameters of disgraceful conduct, and I am satisfied that what is disgraceful can only be determined in considering the circumstances of each individual case, based on the evidence in this instance I have no difficulty in determining that the action of S/Cst. Nuosci in making false accusations of marihuana use and possession against his colleague is, in fact, disgraceful. I accordingly affirm the conviction registered.

Although S/Cst. Nuosci has not appealed the recommendation for discharge I must still deal with the matter because the Trial Officer in dealing with a case originating before June 30, 1988, can only recommend.

Several member witnesses testified that they would no longer wish to work with Nuosci in future, and I feel in the circumstances of this case their conclusions are entirely justified. I, too, have lost confidence in him. In the words of the ERC Chairman: "The offence committed is serious and required pre-

1989, conformément au paragraphe 45.15(1) [édicte, *idem*] de la Loi qui dispose:

45.15 (1) Avant d'étudier l'appel visé à l'article 45.14, le commissaire le renvoie devant le Comité.

Les conclusions et recommandations du président du Comité sont datées du 1<sup>er</sup> septembre 1989. À la page 26 de ses conclusions et recommandations, le président a recommandé au commissaire de [TRADUCTION] «rejeter l'appel et d'inscrire une condamnation à l'égard de l'accusation de conduite honteuse fondée sur la fausse accusation. [Le président a] en outre [recommandé] de ne pas imposer d'amende si la recommandation de licenciement était suivie».

Le commissaire a tranché l'appel en ces termes, le 13 octobre 1989:

[TRADUCTION] Pour commencer, j'accepte le conseil du président du CEE de scinder l'accusation. Je m'intéresse donc uniquement à la preuve relative à la fausse accusation, présentée au soutien de l'accusation de conduite honteuse. J'accepte également la décision de l'officier président en ce qui a trait à la crédibilité des témoins. Il avait la possibilité d'observer leur comportement à la barre et de porter des jugements sur la véracité et je suis convaincu qu'il a fondé ses décisions sur la preuve reçue. En l'absence d'erreur manifeste, je ne suis donc pas disposé à substituer mon jugement au sien. Ayant ainsi accepté la crédibilité du gendarme spécial Divito, je n'ai aucun doute sur ce qui s'est produit en l'espèce.

En l'espèce, les actes du gendarme spécial Nuosci étaient prémédités et malveillants. Bien que son mobile profond demeure obscur, je suis convaincu qu'il a délibérément tenté de salir la réputation de son collègue et que le préjudice qui s'en est ensuivi est certainement encore ressenti.

Indépendamment de la manière dont on définit la notion de conduite honteuse—et je suis convaincu que l'on ne peut qualifier un comportement de honteux qu'en considérant les faits de chaque cas—vu la preuve en l'espèce, je n'ai aucune difficulté à conclure que les actes du gendarme spécial Nuosci, c'est-à-dire d'avoir porté des fausses accusations de consommation et de possession de marijuana contre son collègue sont, en fait, honteux. Je confirme donc la condamnation inscrite.

Bien que le gendarme spécial Nuosci n'ait pas appelé de la recommandation de licenciement, je dois quand même statuer sur la question puisque l'officier président saisi d'une affaire née avant le 30 juin 1988 ne peut faire que des recommandations.

Plusieurs membres cités comme témoins ont attesté ne plus vouloir travailler avec M. Nuosci, et j'estime que leur conclusions sont tout à fait justifiées, compte tenu des circonstances en l'espèce. J'ai moi aussi perdu confiance en lui. Comme l'a affirmé le président du CEE: «l'infraction commise est grave

meditation and malice. It attacks the integrity of individuals and undermines confidence. The damage done is almost irreparable and those who inflict such maliciousness on others cannot be trusted to fulfil the office of peace officer".

A member of the Royal Canadian Mounted Police occupies a position of trust, involving the welfare of other members and citizens alike. To wilfully abuse that trust will in certain circumstances make it evident that the offending member is unworthy to continue as a member of the Force.

There are no mitigating factors in this case sufficient to outweigh the gravity of the misconduct or to counterbalance the behaviour exhibited. I am therefore accepting the recommendation for discharge.

The appeal is dismissed and I order S/Cst. Nuosci to resign from the Force within 14 days of being served a copy of this decision. If he has not tendered his resignation within the prescribed time, he is to be dismissed forthwith upon the expiration of the 14 days. Under the circumstances I find it appropriate to waive the \$500.00 fine which was also imposed by the Trial Officer.

The conclusions in the first quoted paragraph regarding credibility of witnesses before the Service Court, particularly in relation to Special Constable Divito,<sup>6</sup> (Divito) are worthy of note.

The applicant did not tender his resignation from the Force within the time prescribed in the last quoted paragraph. As a result, as ordered by the Commissioner, the applicant was dismissed from the Force on the 24th day of October, 1989.

Between the date of his dismissal and the 21st day of August, 1990, the applicant unsuccessfully attempted to obtain judicial review of decisions taken in relation to him by the Force in both the Federal Court of Appeal and the Trial Division of the Federal Court.

On the 7th day of September, 1990, the applicant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission in which he alleged reasonable grounds for believing that the Force was engaging in a discriminatory practice in contravention of the *Can-*

<sup>6</sup> Throughout the material before me Special Constable Divito's name is spelled in a number of different ways. I have adopted the spelling consistently used by the Commissioner in the two decisions made by him herein.

et a exigé de la préméditation et de la malveillance. Elle constitue une attaque contre l'intégrité de particuliers et mine la confiance. Le préjudice causé est presque irréparable et l'on ne peut confier à ceux qui font preuve d'une telle malveillance envers d'autres la charge d'agent de la paix».

<sup>a</sup> Un membre de la Gendarmerie royale du Canada occupe un poste de confiance, dont dépend le bien-être de ses collègues et des citoyens en général. Dans certains cas, le fait d'abuser sciemment de cette confiance amènera nécessairement à conclure que le membre fautif n'est pas digne de continuer à faire partie de la Gendarmerie.

Il n'y a aucun facteur en l'espèce qui suffise à atténuer la mauvaise conduite ou à faire contrepois au comportement manifesté. J'accepte donc la recommandation de licenciement.

<sup>c</sup> L'appel est rejeté et j'ordonne au gendarme spécial Nuosci de démissionner de la Gendarmerie dans les quatorze jours de la signification d'une copie de la présente décision. S'il n'a pas donné sa démission dans le délai imparti, il doit être licencié sur le champ à l'expiration des quatorze jours. Compte tenu des circonstances, j'estime opportun d'annuler l'amende de 500 \$ qui avait également été imposée par l'officier président.

Les conclusions, dans le premier paragraphe cité, à l'égard de la crédibilité des témoins qui ont comparu devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, surtout en ce qui a trait au gendarme spécial Divito<sup>6</sup> (M. Divito), méritent d'être signalées.

Le requérant n'a pas démissionné de la Gendarmerie dans le délai imparti au dernier paragraphe cité. Par conséquent, comme l'a ordonné le commissaire, il a été licencié de la Gendarmerie le 24 octobre 1989.

<sup>g</sup> Entre la date de son licenciement et le 21 août 1990, le requérant a tenté, sans succès, d'obtenir, devant la Cour d'appel fédérale et la Section de première instance de la Cour fédérale, le contrôle judiciaire des décisions prises par la Gendarmerie à son égard.

<sup>i</sup> Le 7 septembre 1990, le requérant a déposé une plainte à la Commission canadienne des droits de la personne, dans laquelle il alléguait avoir des motifs raisonnables de croire que la Gendarmerie avait commis un acte discriminatoire, contrairement à la *Loi*

<sup>6</sup> Dans l'ensemble des documents dont j'ai pris connaissance, le nom du gendarme spécial Divito est orthographié de diverses manières. J'ai adopté l'orthographe utilisée régulièrement par le commissaire dans les deux décisions qu'il a rendues en l'espèce.

dian Human Rights Act,<sup>7</sup> in that it was pursuing a policy or practice which deprived or tended to deprive the applicant and a class of persons similarly affected of employment opportunities on the basis of a disability, that disability being HIV positive status. In support of his complaint, the applicant alleged that he tested HIV positive on the 17th day of June, 1987 and that this information came to the attention of his immediate supervisor, shortly thereafter, through Divito. The applicant further alleged that this condition was the real reason he was dismissed from the Force and that "the incident regarding Constable Divito was just a smoke screen to cover the RCMP's real motives."

By letter dated the 24th day of September, 1991 the Canadian Human Rights Commission advised the Commissioner that it had decided to dismiss the complaint "because on the evidence the allegation of discrimination (was) unfounded."

It is interesting to note that, in responding to the complaint before the Canadian Human Rights Commission, the Force indicated to the Commission that at the time it first suspended and later dismissed the applicant, it was unaware of his alleged HIV positive status.

By notice of motion dated the 19th day of September, 1991, the applicant applied under section 18 of the *Federal Court Act*<sup>8</sup> for relief against the decision of the Canadian Human Rights Commission dismissing his complaint referred to above. By order dated the 17th day of December, 1991, the Associate Chief Justice dismissed the application [*Nuosci v. Canada (Human Rights Commission)*, T-2396-91, F.C.T.D., not yet reported]. The decision of the Associate Chief Justice is under appeal.

By letter addressed to the Commissioner dated the 29th day of November, 1991, counsel for the applicant drew to the attention of the Commissioner subsection 45.16(8) of the Act quoted above.

canadienne sur les droits de la personne<sup>7</sup>, c'est-à-dire qu'elle avait appliqué des lignes de conduite susceptibles d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement du requérant et d'une catégorie de personnes dans la même situation en raison d'une déficience, savoir la séropositivité pour le virus du sida. Au soutien de sa plainte, le requérant a allégué que l'on avait établi un sérodiagnostic positif à son égard pour le virus du sida le 17 juin 1987 et que ce renseignement avait été porté à l'attention de son supérieur immédiat peu de temps après par l'entremise de M. Divito. Le requérant a allégué en outre que cet état était le véritable motif de son licenciement de la Gendarmerie et que [TRADUCTION] «l'incident concernant le gendarme Divito n'était qu'un prétexte pour dissimuler les véritables motifs de la GRC».

Dans une lettre datée du 24 septembre 1991, la Commission canadienne des droits de la personne a informé le commissaire qu'elle avait décidé de rejeter la plainte [TRADUCTION] «parce que, vu la preuve, l'allégation de discrimination (était) non fondée».

Il est intéressant de noter que dans sa réponse à la plainte portée devant la Commission canadienne des droits de la personne, la Gendarmerie a affirmé à la Commission qu'à l'époque où elle avait suspendu, puis licencié le requérant, elle ignorait sa séropositivité alléguée.

Par un avis de requête daté du 19 septembre 1991, le requérant a présenté une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>8</sup> pour obtenir une réparation à l'encontre de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne rejetant sa plainte susmentionnée. Dans une ordonnance datée du 17 décembre 1991 [*Nuosci c. Canada (Commission des droits de la personne)*, T-2396-91, C.F. 1<sup>re</sup> inst., encore inédite], le juge en chef adjoint a rejeté la demande. La décision du juge en chef adjoint fait l'objet d'un appel.

Dans une lettre adressée au commissaire en date du 29 novembre 1991, l'avocat du requérant a attiré l'attention du commissaire sur le paragraphe 45.16(8) de la Loi, précité.

<sup>7</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

<sup>8</sup> R.S.C., 1985, c. F-7.

<sup>7</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

<sup>8</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7.

Counsel for the applicant requested that the Commissioner exercise his authority under that subsection to rescind or amend his own decision of the 13th day of October, 1989 in relation to the applicant on the basis that, first, the Force had failed to share information with the applicant, in a timely manner, that, counsel alleged, was essential to the applicant's ability to make full answer and defence to the charges brought against him in Service Court, and second, at the time of the proceedings before the Service Court, counsel was unaware of the fact that the applicant had tested positive for the HIV virus. Counsel expressed the view that had he been aware of the applicant's condition, he would have drawn it to the attention of the Service Court. He expressed the view that "it would have been a very significant mitigating factor that the Tribunal must take into account in determining the appropriate sentence for our client."

By decision dated the 3rd day of June, 1992, the Commissioner denied the request for rescision or amendment of his earlier decision. It is this decision of the Commissioner dated the 3rd day of June, 1992 that is now under review.

### THE ISSUES

The points in issue are described in the following manner in the applicant's factum:

Inkster<sup>9</sup> erred in failing to recognize the mitigating effect of the medical disability of the applicant (testing positive for Human Immunodeficiency Virus) in imposing the sentence.

Inkster erred in failing to recognize the duty imposed upon the Royal Canadian Mounted Police to provide details to the defence of an allegation that S/Constable Divito had offered a woman drugs in exchange for sexual favours, and to permit the defence the opportunity of bringing forth all of the evidence. This breach of duty denied the applicant the opportunity of providing a full answer and complete defence.

The Trial Officer erred in concluding that there was proof beyond a reasonable doubt that the alleged acts were in fact committed having regard to the failure of the RCMP to inform the Defence of the allegations against S/Constable Divito.

<sup>9</sup> "Inkster" is Commissioner Norman D. Inkster of the Royal Canadian Mounted Police.

L'avocat du requérant a demandé au commissaire d'exercer son pouvoir prévu dans ce paragraphe pour annuler ou modifier, pour les deux motifs suivants, sa propre décision rendue le 13 octobre 1989 à l'égard du requérant: premièrement, parce que la Gendarmerie avait omis de communiquer des renseignements au requérant en temps voulu, des renseignements qui, allègue son avocat, étaient essentiels pour que le requérant puisse présenter une défense pleine et entière à l'encontre des accusations portées contre lui devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire; deuxièmement, parce qu'à l'époque de l'instance devant ce tribunal, l'avocat du requérant ne savait pas que son client était séropositif. L'avocat du requérant a affirmé que s'il avait connu l'état de son client, il l'aurait porté à l'attention du tribunal. Selon lui, [TRADUCTION] «ce fait aurait été un facteur atténuant très important dont le tribunal aurait dû tenir compte pour fixer la sentence appropriée pour notre client».

Dans une décision datée du 3 juin 1992, le commissaire a rejeté la demande d'annulation ou de modification de sa décision antérieure. C'est cette décision du commissaire, datée du 3 juin 1992, qui fait l'objet du présent examen.

### LES QUESTIONS EN LITIGE

Les questions en litige sont énoncées de la manière suivante dans le mémoire du requérant:

[TRADUCTION] M. Inkster<sup>9</sup> s'est trompé en ne reconnaissant pas l'effet atténuant de la déficience médicale du requérant (sa séropositivité pour le virus de l'immunodéficience humaine) lorsqu'il a imposé la peine.

M. Inkster s'est trompé en ne reconnaissant pas l'obligation imposée à la Gendarmerie royale du Canada de fournir à la défense les détails d'une allégation selon laquelle le gendarme spécial Divito aurait offert de la drogue à une femme en échange de relations sexuelles et de donner à la défense l'occasion de présenter toute la preuve. Ce manquement a privé le requérant de la possibilité de présenter une défense pleine et entière.

L'officier président s'est trompé en concluant qu'il y avait une preuve hors de tout doute raisonnable selon laquelle les actes allégués avaient effectivement été commis, eu égard au défaut de la GRC d'avoir informé la défense des allégations portées contre le gendarme spécial Divito.

<sup>9</sup> «M. Inkster» désigne le commissaire Normand D. Inkster, de la Gendarmerie royale du Canada.

During the course of the hearing before me, the third point in issue was not separately argued. I understood counsel for the applicant to acknowledge that the third point is in fact an element of the second point. Thus, the points in issue are essentially a

### ANALYSIS

It must be borne in mind that this is an application for judicial review of the Commissioner's decision of the 3rd day of June, 1992. Neither the Commissioner's decision of the 13th day of October, 1989 nor the decision of the Service Court of the 19th day of January, 1989 are under review. They are relevant to this matter only as the base from which the Commissioner's later decision proceeds and as the Commissioner's later decision bears on them. Under the authority of subsection 45.16(8), the Commissioner may rescind or amend his earlier decision on the presentation to him of new facts or where, "with respect to the finding of any fact or the interpretation of any law, the Commissioner determines that an error was made in reaching the decision." The decision referred to is the Commissioner's earlier decision and not the decision of the Service Court. At another time, perhaps, it might have been possible to secure judicial review of the Commissioner's earlier decision or even the decision of the Service Court. But whether or not that might at one time have been possible, it is not now possible.

First then, was the Commissioner presented with any new facts in counsel's letter to him of the 29th day of November, 1991 and a further letter, not referred to above, of the 10th day of December, 1991?

The new facts alleged are first, that there was an accusation against Divito that he had offered a woman drugs (presumably marihuana) in exchange for sex, that she had complained to the Force in this regard and that information regarding this accusation and complaint had not been shared by the Force with the applicant in a timely manner; and second, that, at the time of the hearing before the Service Court,

À l'audience tenue devant moi, la troisième question en litige n'a pas été plaidée séparément. J'ai cru comprendre que l'avocat du requérant reconnaissait que la troisième question était en fait un élément de la deuxième. Ainsi, les questions en litige sont essentiellement celles que l'avocat du requérant, dans sa lettre du 29 novembre 1991, avait demandé au commissaire d'examiner, conformément au paragraphe 45.16(8) de la Loi.

### ANALYSE

Il faut garder à l'esprit qu'il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du commissaire du 3 juin 1992. L'examen ne porte ni sur la décision du commissaire du 13 octobre 1989, ni sur la décision du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire du 19 janvier 1989. Ces décisions ne sont pertinentes, en l'espèce, que dans la mesure où elles constituent le fondement de la décision ultérieure du commissaire et dans la mesure où celle-ci a une incidence sur elles. En vertu du paragraphe 45.16(8), le commissaire peut annuler ou modifier sa décision antérieure si de nouveaux faits lui sont soumis ou «s'il constate avoir fondé sa décision sur une erreur de fait ou de droit». La décision dont il est question est la décision antérieure du commissaire et non la décision du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire. À une autre époque, il aurait peut-être été possible d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision antérieure du commissaire, voire la décision du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire. Quoiqu'il en soit, il est maintenant impossible de le faire.

Premièrement, donc, a-t-on soumis de nouveaux faits au commissaire dans la lettre que l'avocat du requérant lui a adressée le 29 novembre 1991 et dans une autre lettre, non mentionnée ci-dessus, du 10 décembre 1991?

Les nouveaux faits allégués seraient les suivants: premièrement, l'on avait accusé M. Divito d'avoir offert de la drogue (vraisemblablement de la marijuana) à une femme en échange de rapports sexuels, cette femme s'était plainte à la Gendarmerie à cet égard et celle-ci n'avait pas communiqué au requérant, en temps voulu, ces renseignements sur cette accusation et cette plainte; deuxièmement, à l'époque

counsel for the applicant was unaware that the applicant had tested positive for the HIV virus.

The Commissioner carefully assesses these alleged new facts in his decision. He points out that the issue of the accusation against Divito was raised when the Service Court first convened on the 9th day of May, 1988. At that time the Force refused to release the information to the applicant and cited as the basis of the refusal the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*. The Court was adjourned to January, 1989 expressly for the purpose of allowing the applicant to pursue access to the material under those Acts. For whatever reason, access to the material was not pursued.

Whether or not counsel for the applicant was aware of the applicant's alleged HIV positive status prior to the resumed Service Court proceedings in January of 1989, the applicant alleges that he himself first became aware of it on or about the 10th day of June, 1987.

The Commissioner concludes by finding that neither of the alleged new facts or new fact situations are in fact new. I agree with his conclusion.

The Commissioner also examines at some length whether, with respect to the finding of any fact or the interpretation of any law, an error was made in reaching his earlier decision. In so doing, the Commissioner, quite properly in my opinion, restricts his analysis to the points raised on behalf of the applicant in counsel's letters of the 29th day of November and the 10th day of December, 1991. He concludes that, with respect to findings of fact and the interpretation of law, no error was made in reaching his earlier decision. Subject to what follows, once again, I agree with the Commissioner.

Counsel for the applicant relied on the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*<sup>10</sup> as authority for the proposition that the Force's representative before the Service Court should have fully shared, in a timely way, information regarding the

de l'audition devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, l'avocat du requérant ignorait que son client était séropositif.

Dans sa décision, le commissaire évalue soigneusement ces nouveaux faits allégués. Il signale que la question de l'accusation contre M. Divito a été soulevée lorsque le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire a siégé pour la première fois, le 9 mai 1988. À cette époque, la Gendarmerie avait refusé de communiquer les renseignements au requérant en invoquant la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur l'accès à l'information*. Le tribunal a ajourné l'audience jusqu'en janvier 1989, expressément pour permettre au requérant de tenter d'obtenir ces documents sous le régime de ces lois. Pour une raison quelconque, le requérant n'a pas tenté d'obtenir ces renseignements.

Que l'avocat du requérant ait été au courant ou non de la séropositivité alléguée de son client avant la reprise de l'audience devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, en janvier 1989, le requérant allègue qu'il a lui-même appris cette nouvelle le 10 juin 1987, ou vers cette date.

Le commissaire conclut que ni l'un ni l'autre des nouveaux faits ou situations de fait allégués ne sont, en fait, nouveaux. Je suis d'accord avec cette conclusion.

En outre, le commissaire examine assez longuement la question de savoir s'il a fondé sa décision antérieure sur une erreur de fait ou de droit. Ce faisant, le commissaire, à bon droit à mon avis, limite son analyse aux questions soulevées pour le requérant dans les lettres de son avocat du 29 novembre et du 10 décembre 1991. Le commissaire conclut qu'il n'a pas fondé sa décision antérieure sur une erreur de fait ou de droit. Sous réserve de ce qui suit, je suis encore une fois d'accord avec le commissaire.

L'avocat du requérant s'est appuyé sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Stinchcombe*<sup>10</sup> pour faire valoir que le représentant de la Gendarmerie devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire aurait dû communiquer com-

<sup>10</sup> [1991] 3 S.C.R. 326.

<sup>10</sup> [1991] 3 R.C.S. 326.



accusation against Divito with respect to an offer of drugs in return for sex without requiring the applicant to resort to remedies under the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*.

The decision in *Stinchcombe* dealt with a lawyer who was charged with theft, breach of trust and fraud, the details of which are not relevant to the case at bar. The Crown was in possession of material that was favourable to the defence's case. The existence of the material was disclosed to the defence, but not its substance. In writing for a unanimous Court, Mr. Justice Sopinka determined that the arguments favouring disclosure outweighed those against. At page 336 he stated:

This review of the pros and cons with respect to disclosure by the Crown shows that there is no valid practical reason to support the position of the opponents of a broad duty of disclosure. Apart from the practical advantages to which I have referred, there is the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice.

The applicant argued that *Stinchcombe* and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]<sup>11</sup> entitle him to disclosure of the material which allegedly implicates Divito in offering drugs to a woman in return for sexual favours. The applicant contends that this is relevant to the applicant in that it would go to the credibility of Divito, whose testimony was critical in the Service Court decision regarding the applicant.

<sup>11</sup> S. 7 of the Charter reads as follows:

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

plètement, en temps voulu, les renseignements sur l'accusation portée contre M. Divito selon laquelle ce dernier aurait offert de la drogue en échange de rapports sexuels et ce, sans obliger le requérant d'avoir recours aux réparations prévues dans la *Loi sur l'accès à l'information* et dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

Dans l'affaire *Stinchcombe*, il s'agissait d'un avocat qui avait été inculpé de vol, d'abus de confiance et de fraude, dont les détails ne sont pas pertinents en l'espèce. Le ministère public possédait des documents favorables à la thèse de la défense. L'existence des documents a été révélée à la défense, mais non leur contenu. Dans ses motifs rédigés au nom de la Cour unanime, M. le juge Sopinka a estimé que les arguments en faveur de la communication l'emportaient sur les arguments contre. À la page 336, il a affirmé ce qui suit:

Cet examen des arguments militant pour ou contre la communication de la preuve par le ministère public révèle l'absence de toute raison pratique valable de retenir le point de vue des opposants à une obligation générale de divulguer. Outre les avantages d'ordre pratique déjà évoqués, il y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgaration n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le requérant a soutenu que l'arrêt *Stinchcombe* et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]<sup>11</sup> lui donnent le droit à la divulgation des documents qui, allègue-t-il, impliquent M. Divito dans une affaire où ce dernier aurait offert de la drogue à une femme en échange de rapports sexuels. Le requérant prétend que ces documents sont pertinents à son égard puisqu'ils intéressent la crédibilité de M. Divito, dont le témoignage avait été critique pour ce qui est de la décision que le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire a rendue à son égard.

<sup>11</sup> L'art. 7 de la Charte dispose:

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

The respondents, in attempting to distinguish the decision in *Stinchcombe*, rely on a decision of the Supreme Court of Canada in *Trimm v. Durham Regional Police*.<sup>12</sup> The respondents contend that in the light of *Trimm*, the *Stinchcombe* decision on which the applicant relies is not relevant to the disciplinary proceedings to which the applicant was subjected.

The issue before the Supreme Court of Canada in *Trimm* was whether paragraph 11(d)<sup>13</sup> of the Charter applied to police disciplinary hearings conducted under the authority of the *Police Act*<sup>14</sup> of Ontario and regulations made thereunder. Madam Justice Wilson, writing for a unanimous Court, found at pages 586 to 589 that paragraph 11(d) did not apply to such proceedings that neither were criminal in nature, nor carried the threat of penal consequences. At page 589 she adopted the following words of Eberle J. of the Ontario Divisional Court in *Colledge v. Niagara Regional Police Commission*:<sup>15</sup>

The principle aspects of the proceedings at bar fall entirely within the ambit of internal disciplinary proceedings inside the police force. The duty sought to be enforced in the present proceeding is a duty which arises directly under the code of police conduct laid down in the *Police Act*. The matters involved in the proceedings are accordingly matters essentially of a private nature between the officer and his superiors.

Madam Justice Wilson then added [at page 589]:

Unlike *Wigglesworth*, the appellant is not subject to the possibility of imprisonment under the *Police Act*. There are in this case no "true penal consequences". I would therefore answer the first constitutional question in the negative. [That is, paragraph 11(d) of the Charter did not apply to the *Trimm* proceeding.]

<sup>12</sup> [1987] 2 S.C.R. 582.

<sup>13</sup> S. 11(d) of the Charter reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

<sup>14</sup> R.S.O. 1980, c. 381.

<sup>15</sup> (1983), 40 O.R. (2d) 340 (Div. Ct.), at p. 342.

Pour tenter de faire une distinction avec l'arrêt *Stinchcombe*, les intimés invoquent un arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Trimm c. Police régionale de Durham*.<sup>12</sup> Les intimés prétendent qu'à la lumière de l'arrêt *Trimm*, l'arrêt *Stinchcombe*, sur lequel s'appuie le requérant, n'est pas pertinent à la poursuite disciplinaire dont le requérant a fait l'objet.

La question dont la Cour suprême du Canada était saisie dans l'affaire *Trimm* était de savoir si l'alinéa 11(d)<sup>13</sup> de la Charte s'appliquait aux procédures disciplinaires contre les policiers, intentées sous le régime de la *Police Act*<sup>14</sup> de l'Ontario et ses règlements d'application. Aux pages 586 à 589 de ses motifs rédigés au nom de la Cour unanime, Madame le juge Wilson a conclu que l'alinéa 11(d) ne s'appliquait pas à de telles procédures qui n'étaient pas de nature criminelle et n'emportaient pas de menace de conséquences pénales. À la page 589, elle a fait siens les commentaires suivants du juge Eberle, de la Cour divisionnaire de l'Ontario, dans le jugement *Colledge v. Niagara Regional Police Commission*:<sup>15</sup>

[TRADUCTION] Les principaux aspects des procédures dont il est question en l'espèce relèvent entièrement des procédures disciplinaires internes du corps de police. L'obligation que l'on cherche à faire exécuter en l'espèce en est une qui découle directement du code de discipline de la police énoncé dans la *Police Act*. Par conséquent, les questions visées par les procédures sont essentiellement de nature privée entre l'agent et ses supérieurs.

Madame le juge Wilson a ensuite ajouté ce qui suit [aux pages 589 et 590]:

Contrairement à la situation dans l'arrêt *Wigglesworth*, l'appellant n'est pas susceptible d'être emprisonné aux termes de la *Police Act*. En l'espèce, il n'y a pas de «véritables conséquences pénales». Par conséquent, je suis d'avis de répondre par la négative à la première question constitutionnelle. [C'est-à-dire que, l'alinéa 11(d) de la Charte ne s'appliquait pas à l'instance dont il était question dans l'affaire *Trimm*.]

<sup>12</sup> [1987] 2 R.C.S. 582.

<sup>13</sup> L'art. 11(d) de la Charte dispose:

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

<sup>14</sup> L.R.O. 1980, ch. 381.

<sup>15</sup> (1983), 40 O.R. (2d) 340 (C. div.), à la p. 342.

The findings in *Trimm* do not seem to have an effect on the applicability of *Stinchcombe* to the matter before this Court. Here, the applicant did face true penal consequences in his hearing before the Service Court. With that in mind, it appears that *R. v. Wigglesworth*<sup>16</sup> may be more relevant to the case at bar than is *Trimm*. In *Wigglesworth*, an RCMP officer assaulted a person in his custody and was convicted of a major service offence under subsection 25(1) of the Act [R.S.C. 1970, c. R-9]. He was also facing proceedings in the provincial court of Saskatchewan arising out of the same incident. *Wigglesworth* argued that his rights under paragraph 11(h) of the Charter, not to be punished for the same offence twice, were violated.

In writing for a 6 to 1 majority, Madam Justice Wilson, at pages 560 and 561 formulated a two-part test to determine if proceedings are proceedings in respect of a criminal or penal matter so as to fall within the protection of section 11 of the Charter. The first aspect of the test concerned whether the matter was of a public nature, intended to promote public order and welfare. The second part of the test centred on whether there were "true penal consequences"<sup>17</sup> attached to the matter.

In applying this test, Madam Justice Wilson found that the RCMP Code of Discipline did not meet the "by nature" test, but by virtue of the possibility of imprisonment for up to one year, satisfied the "true penal consequences" test. However, after finding that *Wigglesworth* was within the scope of section 11 of the Charter, she then found that the RCMP Code of Discipline proceedings were an internal matter while the criminal proceedings were an accounting to soci-

Les conclusions de l'arrêt *Trimm* ne semblent pas avoir d'incidence sur l'applicabilité de l'arrêt *Stinchcombe* en l'espèce. Ici, le requérant risquait de véritables conséquences pénales à son audience devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire. Il s'ensuit que l'arrêt *R. c. Wigglesworth*<sup>16</sup> serait peut-être plus pertinent en l'espèce que l'arrêt *Trimm*. Dans l'affaire *Wigglesworth*, un agent de la GRC avait commis des voies de fait contre une personne sous sa garde et il a été déclaré coupable d'un manquement grave au devoir en application du paragraphe 25(1) de la Loi [S.R.C. 1970, ch. R-9]. Il faisait également face à une poursuite devant la cour provinciale de la Saskatchewan à la suite du même incident. *Wigglesworth* a soutenu que ses droits garantis par l'alinéa 11(h) de la Charte, c'est-à-dire de ne pas être puni deux fois pour la même infraction, avaient été violés.

Au nom d'une majorité de six juges contre un, Madame le juge Wilson, aux pages 560 et 561 de ses motifs, a formulé un critère en deux parties permettant de savoir si l'instance était une affaire criminelle ou pénale bénéficiant de la protection prévue à l'article 11 de la Charte. Le premier élément du critère était de savoir si l'affaire était de nature publique, et visait à promouvoir l'ordre et le bien-être publics. La deuxième partie du critère portait sur la question de savoir si l'affaire entraînait de «véritables conséquences pénales»<sup>17</sup>.

Appliquant ce critère, Madame le juge Wilson a conclu que le Code de discipline de la GRC ne satisfaisait pas au critère dit de la «nature même»; cependant, parce qu'il y avait la possibilité d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an, le critère de la «véritable conséquence pénale» était rempli. Toutefois, après avoir conclu que *Wigglesworth* se trouvait dans les conditions d'application de l'article 11 de la Charte, le juge a conclu que la poursuite intentée sous le régime du Code de discipline de la GRC était une affaire interne, tandis que la poursuite criminelle

<sup>16</sup> [1987] 2 S.C.R. 541.

<sup>17</sup> At p. 561, Madam Justice Wilson described "true penal consequences" as imprisonment or a fine which by its magnitude would be enforced for the purpose of redressing a wrong against society as opposed to simply being an internal disciplinary measure.

<sup>16</sup> [1987] 2 R.C.S. 541.

<sup>17</sup> À la p. 561, Madame le juge Wilson a décrit les «véritables conséquences pénales» comme l'emprisonnement ou une amende qui, par son importance, serait imposée dans le but de réparer un tort causé à la société, par opposition à une simple mesure de discipline interne.

ety at large. Therefore there was not a violation of section 11.<sup>18</sup>

Notwithstanding that finding, for the case at bar, perhaps the most important comment made in *Wigglesworth* by Madam Justice Wilson appears at pages 561-562, where she states:

I have grave doubts whether any body or official which exists in order to achieve some administrative or private disciplinary purpose can ever imprison an individual. Such a deprivation of liberty seems justified as being in accordance with fundamental justice under s. 7 of the *Charter* only when a public wrong or transgression against society, as opposed to an internal wrong, is committed. However, as this was not argued before us in this appeal I shall assume that it is possible that the “by nature” test can be failed but the “true penal consequence” test passed. Assuming such a situation is possible, it seems to me that in cases where the two tests conflict the “by nature” test must give way to the “true penal consequence” test. If an individual is to be subject to penal consequences such as imprisonment—the most severe deprivation of liberty known to our law—then he or she, in my opinion, should be entitled to the highest procedural protection known to our law.

The applicant, at the time of his original Service Court hearing, was at risk of imprisonment for up to one year. Clearly, the “true penal consequences” test outlined in *Wigglesworth* has been met.

Although *Stinchcombe* was decided in the context of an indictable offence under the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], the possibility of imprisonment for up to one year in the case at bar compels the Court to consider the application of the principles outlined in *Stinchcombe* to the case before the Court. In essence, the *Royal Canadian Mounted Police Act*, as it read when the applicant was charged with a major offence, was as much a penal statute as the *Criminal Code*.<sup>19</sup> Therefore, the focus must now turn to the *Stinchcombe* decision to determine whether or not the “highest procedural protection known to our law” as referred to in the quotation immediately above, was wrongly denied the applicant in the case at bar.

<sup>18</sup> [1987] 2 S.C.R. 541, at pp. 564, 566 and 567.

<sup>19</sup> See *Wigglesworth*, at p. 563.

intéressait la société en général. Par conséquent, il n’y avait aucune violation de l’article 11<sup>18</sup>.

Malgré cette conclusion, pour l’espèce, le commentaire le plus important qu’a fait Madame le juge Wilson dans l’arrêt *Wigglesworth* est peut-être celui qui figure à la page 562, où elle affirme:

Je doute fortement qu’un organisme ou une personne responsable qui est chargé d’atteindre un certain but administratif ou en matière de discipline privée puisse jamais imposer une peine d’emprisonnement à un particulier. Une telle privation de liberté ne semble justifiée comme étant conforme au principe de justice fondamentale énoncé à l’art. 7 de la *Charte* que lorsqu’un méfait public ou une faute contre la société ont été commis par opposition à un tort interne. Toutefois, comme ce point n’a pas été soulevé devant nous dans le présent pourvoi, je vais présumer qu’il est possible de ne pas satisfaire au critère de la «nature même», mais de satisfaire à celui de la «véritable conséquence pénale». À supposer que cela soit possible, il me semble que dans les cas où il y a conflit entre les deux critères, le critère de la «nature même» doit céder devant celui de la «véritable conséquence pénale». Si une personne doit subir des conséquences pénales comme l’emprisonnement, qui constitue la privation de liberté la plus grave dans notre droit, j’estime alors qu’elle doit avoir droit à la meilleure protection qu’offre notre droit en matière de procédure.

Lorsque le requérant a comparu pour la première fois devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, il risquait une peine d’emprisonnement pouvant aller jusqu’à un an. Il est clair que le critère de la «véritable conséquence pénale», énoncé dans l’arrêt *Wigglesworth*, a été rempli.

Bien que l’arrêt *Stinchcombe* ait été rendu à l’égard d’un acte criminel prévu au *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], la possibilité d’un emprisonnement pouvant aller jusqu’à un an, en l’espèce, oblige la Cour à examiner l’application des principes énoncés dans cet arrêt. Au fond, la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, en vigueur lorsque le requérant a été accusé d’une infraction grave, était une loi pénale au même titre que le *Code criminel*<sup>19</sup>. Par conséquent, il faut maintenant examiner l’arrêt *Stinchcombe* pour savoir si, en l’espèce, le requérant a été injustement privé de la «meilleure protection qu’offre notre droit en matière de procédure», comme il est dit dans la citation qui précède.

<sup>18</sup> [1987] 2 R.C.S. 541, aux p. 564, 566 et 567.

<sup>19</sup> Voir l’arrêt *Wigglesworth*, à la p. 563.

The decision in *Stinchcombe* underscored the common law right to make full answer and defence which was given "new vigour"<sup>20</sup> by its inclusion in section 7 of the Charter as a principle of fundamental justice. Nevertheless, at page 339 of *Stinchcombe*, Mr. Justice Sopinka found that the obligation for disclosure is not absolute. At that page he stated:

A discretion must also be exercised with respect to the relevance of information. While the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant.

It was made clear that such a discretion on the part of the Crown can and should be the subject of review by the Trial Judge. It is apparent from the remarks of Sopinka J. at pages 340-341 that the Trial Judge's review,

... should be guided by the general principle that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and defence ...

I am confident that disputes over disclosure will arise infrequently when it is made clear that counsel for the Crown is under a general duty to disclose all relevant information.

As to what information is relevant and what is not, the Court, at pages 345-346 said:

I am of the opinion that, subject to the discretion to which I have referred above, all statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced notwithstanding that they are not proposed as Crown witnesses. Where statements are not in existence, other information such as notes should be produced, and, if there are no notes, then in addition to the name, address and occupation of all witness, all information in the possession of the prosecution relating to any relevant evidence that the person could give should be supplied. ... If the information is of no use then presumably it is irrelevant and will be excluded in the exercise of the discretion of the Crown. If the information is of some use then it is relevant and the determination as to whether it is suf-

L'arrêt *Stinchcombe* a mis en évidence le droit reconnu par la common law de présenter une défense pleine et entière, droit à qui on a donné «une nouvelle vigueur<sup>20</sup>» par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'article 7 de la Charte. Néanmoins, à la page 339 de l'arrêt *Stinchcombe*, M. le juge Sopinka a conclu que l'obligation de divulgation n'était pas absolue. À cette page, il a affirmé ce qui suit:

Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence de renseignements. Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune importance.

Le juge a clairement affirmé que l'exercice d'un tel pouvoir discrétionnaire part le ministère public pouvait et devait faire l'objet d'un contrôle par le juge du procès. Il ressort des commentaires du juge Sopinka, aux pages 340 et 341, que le juge du procès qui effectue un contrôle.

... doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ...

Je suis convaincu que des différends relatifs à la communication de la preuve ne surgiront que rarement du moment qu'on fait bien comprendre aux substituts du procureur général qu'ils ont l'obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents.

Pour ce qui est de savoir si un renseignement est pertinent ou non, la Cour a affirmé ce qui suit, aux pages 345 et 346:

Selon moi, sous réserve du pouvoir discrétionnaire dont j'ai traité précédemment, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge. Lorsqu'il n'existe pas de déclarations, il faut produire d'autres renseignements tels que des notes et, en l'absence de notes, il faut divulguer, outre les nom, adresse et occupation du témoin, tous les renseignements que possède la poursuite au sujet de tous les éléments de preuve pertinents pouvant être fournis par la personne en question ... En effet, si les renseignements sont inutiles, on peut supposer qu'ils n'ont aucune pertinence et qu'ils seront en conséquence écartés par le ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si les renseignements présentent une certaine utilité, alors ils sont pertinents et c'est à la défense et non à la poursuite de décider s'il

<sup>20</sup> See the quotation from *Stinchcombe*, at p. 336, above.

<sup>20</sup> Voir la citation tirée de la p. 336 de l'arrêt *Stinchcombe*, ci-dessus.

ficiently useful to put into evidence should be made by the defence and not the prosecutor.

In his decision dated the 3rd day of June, 1992, the Commissioner deals with the material in question, its effect on the question of the credibility of Divito and the *Stinchcombe* decision. The Commissioner, at page 3 of his decision, found:

While the *Stinchcombe* case relates to non-disclosure of investigative materials directly relating to the subject-matter of testimony of a person who was a witness at the preliminary inquiry and a potential witness at the trial, the request in the present case is for material of a far different nature. The material sought on behalf of Mr. Nuosci did not relate directly to the matter before the Service Court but, instead, was information concerning a complaint against a witness. The purpose in obtaining that information may have been to determine whether it would be beneficial in attacking the credibility of S/Cst Divito.

... the allegation resulted from an anonymous telephone call directed to Crimestoppers, from a person identifying herself only as "Martha". She alleged that she was in the company of a girlfriend and was approached by two persons. These persons may have been Mr. Nuosci and S/Cst Divito. A similar call was later received by the R.C.M.P. Investigation conducted failed to disclose any evidence which would support the allegation. That investigation included interviews of Mr. Nuosci and S/Cst Divito. No charges or other disciplinary action resulted from the allegation and the subsequent investigation.

It would appear that the Commissioner is of the opinion that the information was not relevant to the proceedings before the Service Court. He refers to the investigation conducted by the Force into the allegation made against Divito and the fact that no charge or other disciplinary action was taken against him. As noted above, the Service Court did provide a lengthy adjournment in its proceedings to allow the applicant to pursue access to the material under the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*. The applicant failed to pursue the opportunity so provided.

Equally, that the applicant failed to effectively challenge through judicial review or otherwise the original decision of the Service Court of the 9th day of May, 1988 which denied access, the final decision of the Service Court of the 19th day of January, 1989

s'agit d'une utilité suffisante pour qu'ils soient produits en preuve.

Dans sa décision datée du 3 juin 1992, le commissaire traite des documents en question, de leurs effets sur la question de la crédibilité de M. Divito et de l'arrêt *Stinchcombe*. À la page 3 de sa décision, le commissaire a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] Bien que l'arrêt *Stinchcombe* se rapporte à la non-divulgence de documents d'enquête qui ont directement trait à l'objet du témoignage d'une personne citée comme témoin à l'enquête préliminaire et qui pouvait éventuellement témoigner au procès, la demande en l'espèce a pour objet des documents de nature très différente. Les documents demandés pour M. Nuosci ne se rapportaient pas directement à l'affaire dont était saisi le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire. Il s'agissait plutôt de renseignements concernant une plainte contre un témoin. La raison pour laquelle on voulait obtenir ces renseignements était peut-être pour savoir s'ils pouvaient servir à attaquer la crédibilité du gendarme spécial Divito.

... l'allégation résultait d'un appel téléphonique anonyme fait à «Crimestoppers», provenant d'une femme qui s'est simplement présentée comme étant «Martha». Celle-ci a allégué qu'elle se trouvait avec une amie et que deux personnes l'ont abordée. Il s'agissait peut-être de M. Nuosci et du gendarme spécial Divito. La G.R.C. a reçu un appel semblable par la suite. L'enquête n'a pas permis d'obtenir d'autres éléments de preuve pour appuyer l'allégation. Cette enquête comprenait des interrogatoires de M. Nuosci et du gendarme spécial Divito. Aucune accusation ou autre mesure disciplinaire n'a résulté de l'allégation et de l'enquête subséquente.

Apparemment, le commissaire est d'avis que les renseignements n'étaient pas pertinents aux procédures devant le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire. Il mentionne l'enquête de la Gendarmerie concernant l'allégation portée contre M. Divito et que celui-ci n'a fait l'objet d'aucune accusation ou autre mesure disciplinaire. Comme il a été noté ci-dessus, le tribunal de juridiction pénale et disciplinaire a ajourné longtemps son instruction pour permettre au requérant d'obtenir les documents sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le requérant ne s'est pas prévalu de la possibilité qui lui a été offerte.

Pareillement, le requérant a omis de contester efficacement, par voie de contrôle judiciaire ou autrement, la première décision du tribunal de juridiction pénale et disciplinaire, rendue le 9 mai 1988 (décision qui lui a refusé l'accès aux documents), la déci-

or the first decision of the Commissioner dated the 13th day of October, 1989 on the appeal of the Service Court's decision, militates against a finding that an error was made in reaching the Commissioner's later decision. This is particularly true where no new facts are presented and where the "finding of fact or interpretation of law" allegedly giving rise to an error in reaching the Commissioner's first decision, is not based itself on any new information other than, perhaps, the decision of the Supreme Court of Canada in *Stinchcombe* itself which, as the Commissioner correctly points out, is not on all fours with the fact situation that was before the Service Court and the Commissioner.

On the basis of the foregoing analysis, I am not satisfied that the *Stinchcombe* decision warrants my interfering with the second decision of the Commissioner, in the way advocated on behalf of the applicant, at this stage of a very long and thorough process.

The applicant seeks his costs throughout these proceedings on a solicitor-and-client scale. Rule 1618 of the *Federal Court Rules*<sup>21</sup> reads as follows:

*Rule 1618.* No costs shall be payable in respect of an application for judicial review unless the Court, for special reasons, so orders.

Counsel for the applicant argued before me that the failure to share information referred to above constituted "special reasons" justifying an order as to costs against the respondents. Given the conclusion I have reached on the question of sharing, I reject this argument and find no "special reasons" that would warrant an order as to costs.

## CONCLUSION

For the foregoing reasons, I have dismissed the application for judicial review of the decision of the Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police dated the 3rd day of June, 1992 and made pursuant to subsection 45.16(8) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*.

<sup>21</sup> C.R.C., c. 663 [as enacted by SOR/92-43, s. 19].

sion finale de ce tribunal, rendue le 19 janvier 1989 ou la première décision du commissaire, datée du 13 octobre 1989, en appel de la décision du tribunal. Ces omissions militent contre une conclusion selon laquelle le commissaire aurait commis une erreur dans sa décision ultérieure. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'aucun nouveau fait n'est soumis et lorsque l'«erreur de fait ou de droit» sur laquelle le commissaire aurait censément fondé sa première décision ne découle pas elle-même de nouveaux renseignements, si ce n'est, peut-être, l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Stinchcombe*, dont les faits, comme le signale à juste titre le commissaire, ne correspondent pas exactement à ceux sur lesquels devaient se prononcer le tribunal et le commissaire.

En me fondant sur l'analyse qui précède, je ne suis pas convaincu que l'arrêt *Stinchcombe* m'autorise à modifier la deuxième décision du commissaire de la manière préconisée pour le requérant, à cette étape d'un processus très long et exhaustif.

Le requérant demande que lui soient adjugés ses frais en l'instance sur la base procureur-client. La Règle 1618 des *Règles de la Cour fédérale*<sup>21</sup> dispose:

*Règle 1618.* Il n'y aura pas de frais à l'occasion d'une demande de contrôle judiciaire, à moins que la Cour n'en ordonne autrement pour des raisons spéciales.

L'avocat du requérant a plaidé devant moi que le défaut d'avoir communiqué les renseignements susmentionnés constituait des «raisons spéciales» qui justifiaient une ordonnance condamnant les intimés aux dépens. Vu la conclusion à laquelle je suis arrivé sur la question de la communication, je rejette cet argument et conclus qu'il n'y a aucune «raison spéciale» qui justifie une ordonnance quant aux dépens.

## CONCLUSION

Pour les motifs qui précèdent, j'ai rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada en date du 3 juin 1992, en application du paragraphe 45.16(8) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*.

<sup>21</sup> C.R.C., ch. 663 [éditée par DORS/92-43, art. 19].

T-333-93

T-333-93

The Attorney General of Canada (*Applicant*)Le procureur général du Canada (*requérant*)

v.

c.

Randall Milson Degaris (*Respondent*)<sup>a</sup> Randall Milson Degaris (*intimé*)*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. DEGARIS (T.D.)**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. DEGARIS (1re INST.)*

Trial Division, Cullen J.—Ottawa, September 29 and October 6, 1993.

<sup>b</sup> Section de première instance, juge Cullen—Ottawa, 29 septembre et 6 octobre 1993.

*Public Service — Labour relations — Application to set aside Adjudicator's decision chronic short-staffing not excuse to deny leave under collective agreement — Interpretation Act, s. 43 requiring application of privative clause in P.S.S.R.A., s. 101 — Adjudicator's decision reviewable only if wrongly interpreted statute conferring jurisdiction or collective agreement — As requirements of Public Service Staff Relations Act, ss. 92, 93 that there be grievance met, within Adjudicator's jurisdiction to hear matter — Standard of review of interpretation of collective agreement patent unreasonableness — Interpretation of "operational requirements" supportable by words of collective agreement, and correct — Nothing in F.A.A. or P.S.S.R.A. denying Adjudicator jurisdiction to assess adequacy of staffing for purpose of interpreting collective agreement — Adjudicator merely stating consequence of failure to consider provisions of collective agreement in staffing calculations — Open to Adjudicator to assess adequacy of staffing in context of collective agreement — Not confined to determining whether reason given genuine or whether irrelevant considerations involved.*

*Fonction publique — Relations du travail — Demande d'annulation de la décision de l'arbitre que le manque chronique de personnel n'est pas une excuse pour refuser un congé en vertu de la convention collective — L'art. 43 de la Loi d'interprétation exige l'application de la clause privative figurant à l'art. 101 de la L.R.T.F.P. — La décision de l'arbitre ne peut être révisée que si celui-ci a interprété d'une façon erronée la loi lui conférant sa compétence ou la convention collective — Comme les exigences énoncées aux art. 92 et 93 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique relativement au dépôt d'un grief ont été respectées, l'arbitre a la compétence pour entendre l'affaire — La norme de contrôle s'appliquant à l'interprétation de la convention collective est celle du caractère manifestement déraisonnable — L'interprétation des «nécessités du service» est conforme au libellé de la convention collective et elle est exacte — Rien dans la L.G.F.P. ou la L.R.T.F.P. n'interdit à l'arbitre de déterminer si les niveaux de dotation sont suffisants aux fins d'interpréter la convention collective — L'arbitre ne fait qu'exposer les conséquences de n'avoir pas tenu compte des dispositions de la convention collective lors des calculs de dotation — Il est loisible à l'arbitre de déterminer si les niveaux de dotation sont suffisants par rapport aux stipulations de la convention collective — Le rôle de l'arbitre n'est pas limité à déterminer si la raison invoquée est authentique ou si on a tenu compte de considérations non pertinentes.*

This was an application to quash and set aside the Adjudicator's decision allowing the respondent's grievance. The respondent is an air traffic controller, employed by the applicant within Transport Canada at the Lester B. Pearson International Airport since 1970-71. In 1991 he requested a year's leave of absence without pay pursuant to clause 10.09 of the collective agreement to go to Saudi Arabia on an International Civil Aviation Association (ICAO) assignment. That clause provides that leave will be granted for such purposes, "operational requirements permitting". The request was refused because of operational requirements—staffing was too low and the applicant could not afford to have any personnel on leave. Eventually the respondent resigned to accept the assignment. When he returned he was reinstated at the minimum pay level, although he had been at the maximum and earning a 5% premium as a supervisor prior to his resignation. Nine supervisors were required to fulfil the applicant's staffing requirements in the respondent's unit. Prior to the respondent's resignation,

<sup>h</sup> Il s'agit d'une demande présentée en vue d'obtenir l'annulation de la décision de l'arbitre accueillant le grief de l'intimé. L'intimé est contrôleur de la circulation aérienne et est à l'emploi du requérant, au sein de Transports Canada, à l'aéroport international Lester B. Pearson, depuis 1970-1971. En 1991, il a demandé un congé non payé d'un an, conformément à la clause 10.09 de la convention collective, aux fins d'une affectation en Arabie saoudite auprès de l'Organisation de l'aviation civile internationale (l'OACI). Cette clause prévoit que ce type de congé est accordé dans la mesure où «les nécessités du service le permettent». Le congé a été refusé à cause des besoins du service—les niveaux de dotation étaient trop faibles pour que le requérant puisse se permettre d'avoir des membres de son personnel en congé. L'intimé a ultérieurement démissionné afin d'accepter l'affectation. À son retour, il a été réintégré au plus bas échelon salarial, bien que, avant son départ, il reçût le traitement maximum et une prime de superviseur de 5 p. 100. Le requérant devait avoir neuf superviseurs pour répondre aux



there were only seven supervisors. After he left no others were hired and one was transferred to another division for training. Toronto International Airport has been under-staffed since the 1970s. The applicant has repeatedly refused to grant leave without pay to employees who wished to participate in the ICAO program. The Adjudicator held that chronic short-staffing would not be used as an excuse for denying the respondent leave under the collective agreement. He held that short-staffing would justify a refusal only if the employer, through no fault of its own, finds itself short staffed to the extent that it could not deliver the service required by its clients.

The applicant relied upon the *Financial Administration Act*, sections 7 and 11 and the *Public Service Staff Relations Act*, section 7 in arguing that the Adjudicator had no jurisdiction to assess the adequacy of its staffing decisions. It further argued that the Adjudicator's jurisdiction with respect to the interpretation of operational requirements was limited to determining whether staffing was the genuine reason for denying leave or whether other irrelevant considerations formed the basis for the applicant's decisions.

*Public Service Staff Relations Act*, section 101 provided prior to its repeal that every decision of an adjudicator was final and not subject to review in any court. *Interpretation Act*, section 43 deals with the effect of the repeal of an enactment.

*Held*, the application should be dismissed.

*Interpretation Act*, section 43 required the application of the privative clause found in section 101 of the *Public Service Staff Relations Act* because (1) this was a proceeding which was under way in respect of a right, prior to the repeal of section 101; (2) the applicant's rights or privileges, with respect to the grounds of review allowed, were determined as of the time of the decision and/or the time allowed for the applicant to apply for judicial review; (3) the repeal did not affect the previous operation of the statute. Common law rules as to the effect of changes in legislation would also mandate application of the privative clause.

Even though the section 101 privative clause applied, the Adjudicator's decision could be reviewed if he wrongly interpreted the statute conferring jurisdiction, and in relation to his interpretation of the collective agreement. The standard with respect to an error as to jurisdiction is that of correctness. The only provisions granting jurisdiction to the Adjudicator are *Public Service Staff Relations Act*, sections 92 and 93, which merely required that there be a grievance. As there was a grievance, the requirements under those two sections were met.

Since the privative clause applied, the standard of review with respect to the Adjudicator's interpretation of the collec-

besoins dans l'unité de l'intimé. Avant la démission de l'intimé, il n'y en avait que sept. Après le départ de l'intimé, aucun superviseur n'a été embauché et l'un d'eux a été muté à une autre unité pour des raisons de formation. L'aéroport international de Toronto a toujours manqué de personnel depuis les années 1970. Le requérant a à maintes reprises refusé des congés non payés aux employés qui voulaient participer au programme de l'OACI. L'arbitre a décidé que le manque chronique de personnel ne pouvait servir d'excuse pour refuser, en vertu de la convention collective, le congé demandé par l'intimé. Il a décidé que le manque de personnel ne pourrait justifier un refus que si l'employeur se trouvait, sans qu'il n'y soit lui-même pour rien, dans l'impossibilité de fournir les services à ses clients en raison de ce manque de personnel.

Le requérant s'appuie sur les articles 7 et 11 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et sur l'article 7 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* pour alléguer que l'arbitre n'a pas la compétence pour évaluer la pertinence des décisions qu'il prend en matière de dotation. Il allègue aussi que, en ce qui concerne l'interprétation de ce qui constitue des nécessités du service, l'arbitre n'a pas d'autre compétence que celle de déterminer si les niveaux de dotation sont la véritable raison pour refuser le congé ou si ce refus est fondé sur des considérations sans pertinence.

L'article 101, maintenant abrogé, de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* prévoyait que les décisions d'un arbitre étaient finales et qu'elles n'étaient susceptibles d'aucun recours judiciaire. L'article 43 de la *Loi d'interprétation* traite de l'effet de l'abrogation de dispositions légales.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

L'article 43 de la *Loi d'interprétation* exige l'application de la clause privative de l'article 101 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* parce que (1) il s'agit d'une procédure qui était en cours, relativement à un droit, avant l'abrogation de l'article 101; (2) les droits ou avantages du requérant, relativement aux motifs de révision permis, ont été déterminés au moment où la décision a été rendue ou au moment où le requérant pouvait demander le contrôle judiciaire; (3) l'abrogation n'affecte pas l'application antérieure de la loi. De plus, les règles de common law concernant l'effet qu'ont les modifications apportées à une loi prescriraient probablement l'application de la clause privative.

Même si la clause privative contenue à l'article 101 s'applique, la décision de l'arbitre peut être révisée s'il a mal interprété la loi l'habilitant ou la convention collective. La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à une décision portant sur la compétence est la norme de justesse. Les seules dispositions conférant compétence à l'arbitre sont les articles 92 et 93 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, qui exigent simplement qu'il y ait un grief. Étant donné qu'un grief a été déposé, on a satisfait à l'exigence de ces deux articles.

Étant donné que la clause privative s'applique, la norme de contrôle qui s'applique à l'interprétation de la convention col-

tive agreement was that of patent unreasonableness, which permits judicial intervention only when the adjudicator's decision is clearly not capable of being supported by the words of the collective agreement. By this standard, the interpretation does not even have to be the "right" one. A decision is not patently unreasonable if there is any evidence capable of supporting the decision, even though the reviewing court may have reached a different conclusion or, in the context of a collective agreement, so long as the words of that agreement have not been given an interpretation which those words cannot reasonably bear. Not only was the Adjudicator's interpretation of "operational requirements" capable of support by the words of the agreement, but it was the correct and best interpretation. Adjudicators have stated on several occasions that an employer cannot rely on "operational requirements" as an excuse "where it has failed to provide staffing personnel sufficient to meet its contractual obligations, particularly over a long period of time, and that to do so constitutes a violation of the collective agreement." The Adjudicator's decision was also supported by other factors, i.e. the request for leave was made early enough to give the employer sufficient time to replace the respondent; the shortage of personnel was chronic and the employer did not intend to correct it; the multiplier factor was calculated without factoring in the likelihood of leaves of absence under clause 10.09 and was never corrected.

Nothing in the *Financial Administration Act* or the *Public Service Staff Relations Act* denied the Adjudicator jurisdiction to assess the adequacy of staffing for the purpose of interpreting the collective agreement. The applicant's staffing decisions must be open to scrutiny within the context of the collective agreement. The provisions of a collective agreement do have an effect on staffing and this was contemplated by the parties. The agreement governs the employment relationship. That it directs the employer to act in a certain way is part of the deal. The Adjudicator merely clarified the collective agreement. He did not order the applicant to change its staffing policies, but merely stated that if the applicant failed to take into account provisions of the collective agreement in calculating the actual staff required, it would have to live with the consequences, i.e. not being able to rely on it for an excuse under clause 10.09.

The Adjudicator had no obligation to find "irrelevant considerations" before he decided whether or not an excuse was valid. He can look to the facts of a situation and decide that the refusal was not justified. The Adjudicator can look into what "operational requirements" means. That staffing was given as a reason does not mean it will be an operational requirement. The Adjudicator's decision can also be supported on the ground that he found that there was not a valid excuse given the applicant's actions after the respondent's departure.

lective par l'arbitre sera donc celle concernant le caractère manifestement déraisonnable, permettant l'intervention judiciaire seulement dans le cas où la décision de l'arbitre ne s'appuie manifestement pas sur le libellé de la convention collective. En vertu de cette norme, l'interprétation n'a même pas à être la «bonne». Une décision n'est pas manifestement déraisonnable si elle peut s'appuyer d'une façon ou d'une autre sur la preuve, même si la cour examinant cette décision pourrait arriver à une autre conclusion et, dans le contexte d'une convention collective, dans la mesure où les termes de la convention n'ont pas reçu une interprétation qu'ils ne peuvent raisonnablement pas avoir. Non seulement l'interprétation des «nécessités du service» par l'arbitre s'appuyait-elle sur le libellé de la convention, mais elle était la meilleure qui pût être donnée. Les arbitres ont déclaré à plusieurs reprises que l'employeur ne peut pas invoquer les «nécessités du service» comme raison, «lorsqu'il a omis de pourvoir à un nombre suffisant de postes pour s'acquitter de ses obligations contractuelles, en particulier pendant une longue période, cela constituant une violation de la convention collective». La décision de l'arbitre se fondait aussi sur d'autres motifs, p. ex. celui que la demande de congé avait été présentée à l'employeur à un moment qui laissait à ce dernier suffisamment de temps pour remplacer l'employé; le manque de personnel était chronique et l'employeur ne manifestait aucune intention d'y remédier; le multiplicateur avait été calculé de façon erronée sans que l'on ait tenu compte de la probabilité que des congés soient accordés en vertu de la clause 10.09, et il n'a jamais été corrigé.

Rien dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* ou la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* n'interdit à l'arbitre de déterminer si les niveaux de dotation sont suffisants aux fins d'interpréter la convention collective. Les décisions prises par le requérant en matière de dotation doivent être ouvertes à examen dans le contexte de la convention collective. Les parties étaient conscientes que les dispositions d'une convention collective ont un effet sur la dotation. La convention collective gouverne la relation d'emploi: cela fait partie de l'entente que l'employeur doit se soumettre à certaines obligations. L'arbitre n'a fait que clarifier la convention collective. L'arbitre n'a pas ordonné au requérant de modifier ses politiques de dotation. Il a simplement dit que si le requérant omettait de tenir compte des dispositions de la convention collective en calculant le nombre réel d'employés nécessaires, il devrait en assumer les conséquences, c'est-à-dire qu'il ne pourrait pas alléguer cette excuse en vertu de la clause 10.09.

L'arbitre n'est pas tenu de conclure à l'existence de «considérations non pertinentes» pour déterminer si une excuse était valable. Il peut examiner les faits de l'affaire et conclure que le refus n'était pas justifié. L'arbitre peut examiner ce que signifie les «nécessités du service». Le fait que la dotation a été donnée comme raison ne veut pas nécessairement dire qu'il s'agit d'une nécessité du service. La décision de l'arbitre peut également être étayée par le motif que celui-ci a conclu à l'absence d'une excuse valable, compte tenu des actions du requérant après le départ de l'intimé.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 7 (as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49), 11 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 22).

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 43.

*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, ss. 7, 92, 93, 101 (rep. by S.C. 1992, c. 54, s. 73).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*R. v. Ford*, [1993] O.J. No. 1936 (C.A.) (Q.L.); *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 152 N.R. 1; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81.

## DISTINGUISHED:

*Jarrell v. The Queen*, A-931-83, Mahoney J.A., judgment dated 6/9/84, F.C.A., not reported.

## REFERRED TO:

*Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; (1979), 33 N.S.R. (2d) 22; 99 D.L.R. (3d) 193; 57 A.P.R. 22; 79 CLLC 14,210; 27 N.R. 502; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *Laws et al. and Treasury Board (Transport Canada)*, File Nos. 166-2-6437-6440, 6666, 6473/4, 7026-7029, decision dated 16/1/80, P.S.S.R.B.; *Savage and Treasury Board (Transport Canada)*, File No. 166-2-9734, decision dated 9/6/81, P.S.S.R.B.; *Milne and Treasury Board (Transport Canada)*, File No. 166-2-18376, decision dated 17/8/89, P.S.S.R.B.; *Rooney and Treasury Board (Transport Canada)*, File No. 166-2-21306, decision dated 13/8/91, P.S.S.R.B.; *Graham and Treasury Board (Transport Canada)*, File No. 166-2-21414, decision dated 26/8/91, P.S.S.R.B.; *MacGregor and Treasury Board (Transport Canada)*, File No. 166-2-22489, decision dated 22/10/92, P.S.S.R.B.; *McConaghy and Treasury Board (Transport Canada)*, File No. 166-2-22945, decision dated 24/3/93, P.S.S.R.B. ([1993] C.P.S.S.R.B. No. 43 (Q.L.)); *Hollier et al. and Treasury Board (Transport Canada)*, File Nos. 166-2-10526, 10527, decision dated 17/11/81, P.S.S.R.B.; *Canada (Treasury Board) v. Randal*, A-1589-83, Heald J.A., judg-

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 7 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2), 11 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 22; L.C. 1991, ch. 24, art. 50).

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, art. 7, 92, 93, 101 (abrogé par L.C. 1992, ch. 54, art. 73).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. v. Ford*, [1993] O.J. n° 1936 (C.A.) (Q.L.); *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230; (1993), 102 D.L.R. (4th) 609; 152 N.R. 1; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; (1979), 25 N.B.R. (2d) 237; 97 D.L.R. (3d) 417; 51 A.P.R. 237; 79 CLLC 14,209; 26 N.R. 341; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; (1993), 102 D.L.R. (4th) 402; 153 N.R. 81.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Jarrell c. La Reine*, A-931-83, juge Mahoney, J.C.A., jugement en date du 6-9-84, C.A.F., non publié.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; (1979), 33 N.S.R. (2d) 22; 99 D.L.R. (3d) 193; 57 A.P.R. 22; 79 CLLC 14,210; 27 N.R. 502; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; (1989), 62 D.L.R. (4th) 437; [1989] 6 W.W.R. 673; 102 N.R. 1; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; (1993), 101 D.L.R. (4th) 673; 150 N.R. 161; *Laws et autres et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossiers 166-2-6437-6440, 6666, 6473/4, 7026-7029, décision en date du 16-1-80, C.R.T.F.P.; *Savage et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossier 166-2-9734, décision en date du 9-6-81, C.R.T.F.P.; *Milne et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossier 166-2-18376, décision en date du 17-8-89, C.R.T.F.P.; *Rooney et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossier 166-2-21306, décision en date du 13-8-91, C.R.T.F.P.; *Graham et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossier 166-2-21414, décision en date du 26-8-91, C.R.T.F.P.; *MacGregor et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossier 166-2-22489, décision en date du 22-10-92, C.R.T.F.P.; *McConaghy et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossier 166-2-22945, décision en date du 24-3-93, C.R.T.F.P. ([1993] C.C.R.T.F.P. n° 43 (Q.L.)); *Hollier et autre et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossiers 166-2-10526, 10527, décision en date du 17-11-81, C.R.T.F.P.;

ment dated 23/10/84, F.C.A., not reported; affg file Nos. 166-2-13810 and 166-2-13811, decision dated 19/10/83, P.S.S.R.B.

*Canada (Conseil du Trésor) c. Randal*, A-1589-83, juge Heald, J.C.A., jugement en date du 23-10-84, C.A.F., non publié; conf. dossiers 166-2-13810 et 166-2-13811, décision en date du 19-10-83, C.R.T.F.P.

APPLICATION to set aside Adjudicator's decision [*Degaris and Treasury Board (Transport Canada)*, File Nos. 166-2-22490 and 166-2-22491, decision dated 4/1/93, P.S.S.R.B. ([1993] C.P.S.S.R.B. No. 1 (Q.L.))] that chronic short-staffing could not be used as an excuse to deny leave under the collective agreement. Application dismissed.

DEMANDE d'annulation de la décision rendue par l'arbitre [*Degaris et le Conseil du Trésor (Transports Canada)*, dossiers 166-2-22490 et 166-2-22491, décision en date du 4-1-93, C.R.T.F.P. ([1993] C.C.R.T.F.P. N° 1 (Q.L.))], selon laquelle le manque chronique de personnel ne pouvait être invoqué pour refuser un congé en vertu de la convention collective. Demande rejetée.

COUNSEL:

AVOCATS:

*Harvey A. Newman and Neelam Jolly* for applicant.  
*Peter J. Barnacle* for respondent.

*Harvey A. Newman et Neelam Jolly* pour le requérant.  
*Peter J. Barnacle* pour l'intimé.

SOLICITORS:

PROCUREURS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Nelligan/Power*, Ottawa, for respondent.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Nelligan/Power*, Ottawa, pour l'intimé.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

CULLEN J.: This is an application by the Attorney General of Canada, pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)], for an order quashing and setting aside the decision of A. S. Burke [[1993] C.P.S.S.R.B. No. 1 (Q.L.)], appointed as Adjudicator pursuant to the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, section 93, in which he allowed the respondent's grievance. The Adjudicator held that the chronic short-staffing problems at the Terminal Control Unit of Lester B. Pearson International Airport could not be used as an excuse for denying the respondent leave under the collective agreement.

LE JUGE CULLEN: Il s'agit d'une demande que le procureur général du Canada a présentée, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (éditée par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)], en vue d'obtenir une ordonnance annulant et infirmant la décision par laquelle A. S. Burke [[1993] C.R.T.F.P.C. n° 1 (Q.L.)], arbitre nommé conformément à la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35, article 93, a fait droit au grief de l'intimé. L'arbitre a conclu que la première chronique de personnel au sein de l'unité de contrôle terminal de l'aéroport international Lester B. Pearson ne pouvait pas être invoquée pour refuser un congé à l'intimé en vertu de la convention collective.

## FACTS

At all material times the parties were governed by the collective agreement between the Treasury Board and the Canadian Air Traffic Control Association.<sup>1</sup>

The respondent, Randall Milson Degaris, was and is an air traffic controller, employed by the applicant within Transport Canada at the Lester B. Pearson International Airport. The respondent has been employed with Transport Canada since 1970-71 and has worked at the Terminal Control Unit (TCU) since 1975. The only break in the respondent's employment was from January 1992 to June 1992 when the respondent had to resign in order to go to Saudi Arabia on an International Civil Aviation Association (ICAO) assignment.

In the spring of 1991 the respondent was advised that an assignment with the ICAO in Saudi Arabia was available. ICAO places air traffic controllers from one country to another and this is usually done through External Affairs. In July 1991, the respondent requested a year's leave of absence without pay, pursuant to clause 10.09 of the collective agreement, in order to work on this assignment in Saudi Arabia.

Clause 10.09 of the collective agreement reads as follows:

10.09 It is agreed that, operational requirements permitting, employees in the Air Traffic Control Group who are selected for employment by the ICAO, CUSO or under Canada's External Aid program, will be granted leave of absence without pay on presentation of a letter indicating their acceptance by such an organization.<sup>2</sup> [Emphasis added.]

In August or September<sup>3</sup> the applicant refused the respondent's request for leave. The applicant cited "operational requirements" in its refusal to grant the respondent leave. The applicant indicated that staffing was too low and it could not afford to have any personnel on leave. Instead the applicant suggested

<sup>1</sup> This agreement is located at Tab No. 1 of the applicant's memorandum of argument.

<sup>2</sup> It has been accepted that all of the requirements for leave under 10.09 have been met except the qualifier relating to operational requirements.

<sup>3</sup> There is some confusion as to the exact date as it seems the dates on the letters of refusal had been altered. This, however, is not a problem as the exact date is not really of any significance.

## LES FAITS

Pendant toute la période pertinente, les parties étaient régies par la convention collective que le Conseil du Trésor avait conclue avec l'Association canadienne du contrôle du trafic aérien<sup>1</sup>.

L'intimé, Randall Milson Degaris, travaillait et travaille encore comme contrôleur de la circulation aérienne à Transports Canada, à l'aéroport international Lester B. Pearson. L'intimé est employé à Transports Canada depuis 1970-1971, et travaille au sein de l'unité de contrôle terminal (l'UCT) depuis 1975. La seule interruption dans l'emploi de l'intimé a eu lieu de janvier 1992 à juin 1992, lorsque celui-ci s'est vu obligé de démissionner pour aller en Arabie saoudite à la suite d'une affectation auprès de l'Organisation de l'aviation civile internationale (l'OACI).

Au printemps de 1991, l'intimé a été informé que l'OACI avait un poste à pourvoir en Arabie saoudite. L'OACI affecte des contrôleurs de la circulation aérienne d'un pays à un autre, et ce, habituellement par l'entremise des Affaires extérieures. En juillet 1991, l'intimé a demandé un congé non payé d'un an, conformément à la clause 10.09 de la convention collective, aux fins de cette affectation en Arabie saoudite.

Clause 10.09 de la convention collective est ainsi libellé:

10.09 Il est convenu que, lorsque les nécessités du service le permettent, les employés du groupe du contrôle de la circulation aérienne qui sont choisis pour travailler pour l'OACI, le SUCO, ou dans le cadre du programme d'aide extérieure du Canada, se verront accorder un congé non payé sur présentation d'une lettre indiquant qu'ils ont été acceptés par un organisme de ce genre<sup>2</sup>. [C'est moi qui souligne.]

En août ou septembre<sup>3</sup>, le requérant a refusé la demande de congé présentée par l'intimé. Le requérant a invoqué les «nécessité du service» pour refuser le congé. Le requérant a fait savoir que les postes n'étaient pas suffisamment pourvus et qu'il ne pouvait pas se permettre de laisser un employé prendre

<sup>1</sup> Cette convention se trouve à l'onglet 1 de l'exposé des points d'argument du requérant.

<sup>2</sup> Il a été reconnu que toutes les conditions prévues à la clause 10.09, en ce qui concerne les congés, ont été remplies sauf le critère relatif aux nécessités du service.

<sup>3</sup> Il existe une certaine confusion au sujet de la date exacte car il semble que les dates indiquées dans les lettres de refus aient été changées. Toutefois, cela ne pose pas de problème car la date exacte n'a pas réellement d'importance.

that the respondent take a leave of absence under a program known as the "self-funded leave program" in four to five years at which time staffing levels might permit. On August 28, 1991 the respondent requested leave for "personal reasons" pursuant to clause 10.07 of the collective agreement. This too was refused.<sup>4</sup>

On September 9 or October 28, 1991,<sup>5</sup> as a result of the applicants' refusal to grant any form of leave, the respondent sent a memo to the applicant announcing his intention to resign or retire effective December 31, 1991. The applicant accepted this letter of resignation or retirement.

The respondent and his family went to Saudi Arabia in January 1992 but had to return after only a few months, in June of 1992, because he was not able to make enough to support his family. Upon his return, the respondent requested his old job back. He was told that he could have a job but had to start out at the lowest level of pay. Several weeks later he requested a position as a supervisor. This request was refused.

The respondent is presently employed as an Operational Controller in the Terminal Control Unit ("TCU") of the Toronto Area Control Centre at the minimum level of pay of the AI-05 classification. In the spring of 1991 the respondent was a supervisor in the TCU and as such received the maximum salary at the AI-05 level, plus a 5 percent supervisor's premium. The difference between the AI-05 minimum level and the maximum level plus the 5 percent premium is over \$20,000 per year, according to the respondent. The respondent had a sick leave credit balance of 1,069.59 hours which was lost due to his resignation. Further, he lost all of his severance entitlement under the collective agreement. Entitlement

<sup>4</sup> The respondent discontinued his grievance in respect of this article therefore a decision as to its effect in this matter was not dealt with by the Adjudicator.

<sup>5</sup> There is some confusion, again, as to the exact date but it was accepted at the hearing that the date was Aug 28, 1991. The change in date is not of any significance in this case.

un congé. Le requérant a plutôt proposé à l'intimé de prendre un congé dans le cadre d'un programme connu sous le nom de «programme de congé autofinancé» dans quatre ou cinq ans, lorsque les niveaux de dotation pourraient le permettre. Le 28 août 1991, l'intimé a demandé un congé pour des «raisons personnelles» conformément à la clause 10.07 de la convention collective. Ce congé a également été refusé<sup>4</sup>.

Le 9 septembre ou le 28 octobre 1991<sup>5</sup>, par suite du refus du requérant d'accorder un congé quelconque, l'intimé a envoyé une note de service au requérant, pour lui faire part de son intention de démissionner ou de prendre sa retraite le 31 décembre 1991. Le requérant a accepté la lettre de démission ou d'avis de retraite.

L'intimé et sa famille se sont rendus en Arabie saoudite en janvier 1992, mais ils ont dû revenir quelques mois plus tard seulement, en juin 1992, parce que l'intimé ne pouvait pas gagner assez d'argent pour subvenir aux besoins de sa famille. À son retour, l'intimé a demandé son ancien emploi. On lui a dit qu'il pouvait avoir un emploi, mais qu'il devait commencer au niveau de traitement minimum. Plusieurs semaines plus tard, l'intimé a demandé à occuper le poste de superviseur. Cette demande a été refusée.

L'intimé travaille actuellement comme contrôleur de l'exploitation au sein de l'unité de contrôle terminal (l'UCT), Centre de contrôle régional de Toronto, au niveau de traitement minimum de la catégorie AI-05. Au printemps de 1991, l'intimé était superviseur au sein de l'UCT et, en cette qualité, il touchait le salaire maximum au niveau AI-05, plus une prime de superviseur de 5 p. 100. Selon l'intimé, la différence entre le niveau minimum AI-05 et le niveau maximum plus la prime de 5 p. 100 est de plus de 20 000 \$ l'an. L'intimé avait un solde de 1 069,59 heures en crédits de congé de maladie, qu'il a perdu en raison de sa démission. En outre, il a perdu tous les droits qu'il avait à une indemnité de

<sup>4</sup> L'intimé a abandonné son grief relativement à cette disposition, de sorte que l'arbitre n'a pas rendu de décision quant à son effet en l'espèce.

<sup>5</sup> Ici encore, il existe une certaine confusion au sujet de la date exacte, mais il a été reconnu à l'audience que c'était le 28 août 1991. Le changement de date n'a aucune importance en l'espèce.

to severance pay under the collective agreement is tied into the same formula as the superannuation. This formula requires an employee to have ten years of service and be over forty-five to qualify for severance. In 1992 the respondent was not yet forty-two. The respondent was, however, aware of these consequences and chose to resign anyway.<sup>6</sup>

The TCU is the heart of the operation and the stress level is extremely high due to the high volume of traffic and the short-staffing problem. The stress problems are especially severe in the supervisory position where the staff has a dual role to play; they have to cover their own work and fill in for other supervisors on their days off and then become controllers due to the short-staffing problems. Due to this short-staffing there was an extreme amount of overtime. For example, one of the witnesses at the hearing pointed out he had to work four of his five days off.<sup>7</sup>

The applicant required nine supervisors in the respondent's unit in order to fulfil its staffing requirements. However, prior to the respondent's resignation, there were only seven supervisors employed in his unit. Indeed, after he left no others were hired and one—Mr. Kenneth Ralph—was allowed a transfer to another division for training. The applicant apparently did not mention operational requirements when Mr. Ralph was transferred and no acting supervisors were appointed during this period. Therefore the staffing of supervisors in the TCU went from seven in December of 1991 when the respondent was still there, to six and then to five when Mr. Ralph was transferred.

It is not challenged that the Toronto International Airport has been under-staffed, except for a brief period in the 1980s, since the 1970s.<sup>8</sup> Over the years, as a result of this short-staffing problem, the applicant has repeatedly refused to grant leave without pay to employees who wish to participate in the ICAO program. Although a number of employees have

départ, car le versement de celle-ci, aux termes de la convention collective, est régi par les mêmes conditions que celles qui s'appliquent à la pension de retraite. En effet, l'employé qui a dix années de service et qui est âgé de plus de quarante-cinq ans a droit à cette indemnité. Or, en 1992, l'intimé n'avait pas encore quarante-deux ans. Toutefois, il était conscient des conséquences et a néanmoins décidé de démissionner<sup>6</sup>.

L'UCT est la plaque tournante des opérations; le degré de stress est très élevé à cause du fort volume de la circulation et du manque de personnel. Les problèmes de stress sont particulièrement graves dans le cas des superviseurs, car ceux-ci ont un double rôle; en plus de leurs propres fonctions, ils doivent remplacer d'autres superviseurs pendant leurs jours de repos, et agir à titre de contrôleurs à cause de l'effectif insuffisant. Étant donné la pénurie de personnel, il fallait faire une quantité importante d'heures supplémentaires. Ainsi, l'un des témoins à l'audience a signalé qu'il devait travailler pendant quatre de ses cinq jours de repos<sup>7</sup>.

Pour satisfaire aux besoins en dotation, il fallait neuf superviseurs au sein de l'unité. Toutefois, avant la démission de l'intimé, l'unité comptait sept superviseurs seulement. De fait, après le départ de l'intimé, personne d'autre n'a été embauché et on a permis à un superviseur, M. Kenneth Ralph, d'être muté à une autre division aux fins de la formation. Le requérant n'a apparemment pas invoqué les nécessités du service lorsque M. Ralph a été muté et aucun superviseur intérimaire n'a été nommé pendant cette période. Par conséquent, le nombre de superviseurs au sein de l'UCT est passé de sept, en décembre 1991, lorsque l'intimé était encore là, à six, puis à cinq, lorsque M. Ralph a été muté.

Il n'est pas contesté que l'aéroport international de Toronto a toujours manqué de personnel depuis les années 1970, sauf pendant une brève période dans les années 1980<sup>8</sup>. Au fil des ans, par suite de ce problème, le requérant a à maintes reprises refusé des congés non payés aux employés qui voulaient participer au programme de l'OACI. Un certain nombre

<sup>6</sup> Adjudicator's decision, at p. 10.

<sup>7</sup> Adjudicator's decision, at p. 6.

<sup>8</sup> Adjudicator's decision, at p. 18.

<sup>6</sup> Décision de l'arbitre, p. 8.

<sup>7</sup> Décision de l'arbitre, p. 5.

<sup>8</sup> Décision de l'arbitre, p. 15.

requested leave over the years only one has been granted and this was in 1983 when short-staffing was evidently not a problem.<sup>9</sup> Even in the context of full staffing the applicants' staffing multiplier (the method by which it calculates the number of staff required to give effective service based on the number of absences etc.) did not enable it to comply with the provisions of 10.09 or 10.07 since the absences related to these provisions were never factored into the equation.<sup>10</sup>

On October 13 or 18,<sup>11</sup> 1991 the respondent presented a grievance pursuant to the collective agreement. The grievance was as follows:

On Sept. 9, I requested a years leave of absence for personal reasons as per para. 10.07 of the collective agreement. In addition during July ICAO requested my release as per para. 10.09. Both were denied quoting operational requirements. In the 20 years of my employment at Toronto, staffing has never reached and maintained a satisfactory level. My employer's inability to adequately staff his facility should not be accepted as a suitable rationale to deny my own legitimate aspirations.

This grievance was denied at the first, second and final levels on the basis that the respondent's request for leave did not come at a time when Toronto Area Control Centre staffing permitted the granting of a leave of absence to employees for ICAO assignments.

The matter was then referred to an adjudicator pursuant to the *Public Service Staff Relations Act*, section 92. The hearing was held before Mr. Albert S. Burke, Board Member, Public Services Staff Relations Board, on November 5 and 6, 1992. The respondent only relied on the clause 10.09 issue and not the 10.07 issue so the Adjudicator only ruled on that issue.

<sup>9</sup> Respondent's memorandum of argument, par. 13/NB. Any reference to the respondent's memorandum of argument is a reference to the respondent's memorandum of argument as amended.

<sup>10</sup> Adjudicator's decision, at p. 34.

<sup>11</sup> Again there seems to be some contradictions as to dates but there is really no significance in the exact date. See respondent's memorandum of argument, par. 7.

d'employés ont demandé un congé au fil des ans, mais un seul s'est vu accorder pareil congé, et ce, en 1983, lorsque le manque de personnel ne posait de toute évidence pas de problème<sup>9</sup>. Même dans le cas où tous les postes étaient pourvus, le multiplicateur de dotation (qui sert au calcul de la taille de l'effectif sur lequel le requérant doit compter pour répondre à tous les besoins, compte tenu du nombre d'absences, etc.) ne permettait pas à celui-ci de se conformer aux dispositions de la clause 10.09 ou de la clause 10.07, puisque les absences visées par cette disposition n'étaient jamais prises en considération<sup>10</sup>.

Le 13 ou le 18 octobre 1991<sup>11</sup>, l'intimé a présenté un grief en vertu de la convention collective. Le grief était ainsi libellé:

[TRADUCTION] Le 9 septembre 1991, j'ai demandé une année de congé pour raisons personnelles en vertu de la clause 10.07 de la convention collective. De plus, en juillet, l'OACI a demandé mon détachement en vertu de la clause 10.09. Dans les deux cas, on a refusé ma demande en invoquant les nécessités du service. Au cours des vingt années que j'ai travaillé à Toronto, on n'a jamais réussi à atteindre et à maintenir un niveau de dotation satisfaisant. Le fait que l'employeur ne réussit pas à doter ces installations de l'effectif dont il a besoin ne devrait pas être accepté comme un motif valable pour bloquer mes propres aspirations légitimes.

Ce grief a été rejeté aux premier, deuxième et dernier paliers pour le motif que la demande de congé de l'intimé n'avait pas été présentée à un moment où la dotation du Centre de contrôle régional de Toronto permettait l'octroi d'un congé en vue de l'affectation d'un employé à l'OACI.

L'affaire a ensuite été renvoyée à un arbitre conformément à l'article 92 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. L'audience a été tenue devant M. Albert S. Burke, commissaire, Commission des relations de travail dans la fonction publique, les 5 et 6 novembre 1992. L'intimé s'est uniquement appuyé sur la question fondée sur la clause 10.09 et non sur la question fondée sur la

<sup>9</sup> Exposé des points d'argument de l'intimé, par. 13/NB. Toute mention de l'exposé des points d'argument de l'intimé constitue un renvoi à l'exposé modifié des points d'argument de l'intimé.

<sup>10</sup> Décision de l'arbitre, p. 27.

<sup>11</sup> Ici encore, il semble y avoir certaines contradictions au sujet des dates, mais la date exacte n'a réellement pas d'importance. Voir l'exposé des points d'argument de l'intimé, par. 7.



The Adjudicator ruled as follows:

In the case before me, not only did the employer admit that the short-staffing has been ongoing for a long period of time, but even when they used the multiplier to decide how many staff would be required to cover all of their needs they did not factor in clause 10.09 or indeed clause 10.07.

The employer has not convinced me that operational requirements were a proper reason for refusing leave to the grievor under clause 10.09. Short-staffing can only be used to justify the employer's refusal on the ground of operational requirements of an employee's request for a benefit under the collective agreement if the employer, through no fault of their own, find themselves short-staffed to the extent that they could not deliver the service required by their clients. In this case the employer has been short-staffed for many years and, even when the grievor was absent from January 1992 to July 1992, his position was not filled. Added to that is the fact that another supervisor was seconded out of the area by management and his position was also left vacant.

The short-staffing problem was clearly brought about by the employer's lack of recruitment and retraining of qualified employees to ensure that they have sufficient staff to meet their obligations under the collective agreement as well as their service to the client.

Counsel for the employer referred me to the Hollier and Willis decision (supra). In that case the adjudicator took into consideration the unknown factor that management was facing due to a new computerized air traffic control system being introduced; as well management was awaiting the outcome of the Dubin Commission Report. These factors left management in a position of not knowing how many staff they would require to provide their services. Added to that was the unknown factor of what effect pending legislation dealing with early retirement would have on the number of staff required.

In the case before me, these factors did not exist. The employer's representative testified that new trainees were about to take up their duties as air traffic controllers and the fact that they operated with two less supervisors while the grievor was away clearly demonstrates that the refusal of leave under clause 10.09 using operational requirements was not justified.

In terms of corrective action, I have decided to reserve on the issue of remedy and I direct the employer to explore with the grievor and his bargaining agent the possibility of arriving at a mutually satisfactory resolution of this matter.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Adjudicator's decision, at pp. 34-35.

clause 10.07, de sorte que l'arbitre n'a tranché que la première question.

L'arbitre a rendu la décision suivante:

<sup>a</sup> En l'occurrence, non seulement l'employeur a admis que la pénurie de personnel durait depuis très longtemps, mais il a reconnu que, lorsqu'il avait fixé le multiplicateur devant servir au calcul de la taille de l'effectif sur lequel il devait compter pour pouvoir répondre à tous ses besoins, il n'avait pas pris en considération la clause 10.09, ni la clause 10.07 du reste.

<sup>b</sup> L'employeur ne m'a pas convaincu que les nécessités du service étaient un motif valable pour refuser au fonctionnaire le congé qu'il avait demandé en vertu de la clause 10.09. L'employeur ne peut invoquer les nécessités du service pour refuser à un fonctionnaire un avantage que lui garantit la convention collective que s'il se trouve, bien malgré lui, à court de personnel au point de ne pouvoir assurer à la clientèle le service qui lui revient. Dans l'affaire qui nous occupe, l'employeur manque de personnel depuis des années et, même pendant l'absence de M. Degaris de janvier à juillet 1992, il n'a même pas remplacé celui-ci. Par surcroît, il a détaché un autre superviseur dont le poste est lui aussi demeuré vacant.

<sup>c</sup> La pénurie de personnel découle manifestement du fait que l'employeur n'a pas recruté et recyclé des employés qualifiés en vue de se doter d'un effectif assez nombreux pour qu'il puisse remplir ses obligations contractuelles et assurer le service voulu à la clientèle.

<sup>d</sup> L'avocate de l'employeur m'a renvoyé à Hollier et Willis (supra). Dans cette affaire, l'arbitre a pris en considération le facteur inconnu auquel devait faire face la direction, à savoir l'implantation d'un nouveau système informatisé de contrôle de la circulation aérienne. De plus, la direction attendait les conclusions de la Commission Dubin. À cause de ces facteurs, la direction n'était pas en mesure de déterminer la taille de l'effectif dont elle aurait besoin pour assurer les services en question. De plus, le projet de loi sur la retraite anticipée risquait d'avoir des conséquences à ce moment-là imprévisibles sur le nombre d'employés nécessaires.

<sup>e</sup> En l'occurrence, aucun de ces facteurs n'est entré en jeu. Le représentant de l'employeur a témoigné que de nouveaux stagiaires devaient incessamment entrer en fonctions à titre de contrôleurs aériens. Le fait que l'employeur a réussi à fonctionner avec deux superviseurs en moins pendant l'absence du fonctionnaire montre clairement que le refus, fondé sur les nécessités du service, d'accorder le congé demandé en vertu de la clause 10.09 n'était pas justifié.

<sup>f</sup> Pour ce qui est du redressement, j'ai décidé de reporter ma décision sur ce point et j'ordonne à l'employeur d'explorer avec le fonctionnaire et son agent négociateur la possibilité qu'ils puissent en arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de cette affaire.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Décision de l'arbitre, aux p. 27 et 28.

## ISSUES

The applicant states that the issues are:

Whether the Adjudicator's decision that operational requirements permitted the applicant to grant leave to the respondent, even though at the time the request was considered, the applicant's operations were short staffed, constitutes a patently erroneous interpretation of Article 10.09 of the collective agreement. [My emphasis.]

The respondent suggests that the issues are:

a) Whether the decision of the adjudicator, that the applicant had violated the collective agreement in refusing leave under article 10.09 on the basis of operational requirements, was patently unreasonable in all the circumstances.

b) Whether the decision of the adjudicator, that the applicant had violated the collective agreement in refusing leave under Article 10.09 on the basis of operational requirements was patently unreasonable in all the circumstances, constituted reviewable error of law. [My emphasis.]

In summary, it is clear the decision to be made here is whether or not the Adjudicator reached a conclusion that was patently unreasonable.

## CONCLUSIONS

I am satisfied that the privative clause found in section 101 of the *Public Service Staff Relations Act*, will apply in this case. The operation of section 43 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] would require its application for the following reasons:

(1) This is a proceeding which was under way, in respect of a right, prior to the repeal of section 101 [repealed by S.C. 1992, c. 54, s. 73] (paragraphs 43(c) and 43(e)).

(2) The rights or privileges of the applicant, with respect to the grounds of review allowed, were determined as of the time of the decision and/or the time allowed for the applicant to apply for judicial review.

## QUESTIONS LITIGIEUSES

Le requérant affirme que les questions litigieuses sont:

a [TRADUCTION] La question de savoir si la décision de l'arbitre selon laquelle les nécessités du service permettaient au requérant d'accorder un congé à l'intimé, bien qu'au moment où la demande a été examinée, le requérant manquait de personnel, constitue une interprétation manifestement erronée de l'article 10.09 de la convention collective. [C'est moi qui souligne.]

L'intimé laisse entendre que les questions litigieuses sont:

c [TRADUCTION] a) La question de savoir si la décision de l'arbitre, à savoir que le requérant avait violé la convention collective en refusant un congé en vertu de l'article 10.09, compte tenu des nécessités du service, était manifestement déraisonnable, et ce, quelles que soient les circonstances.

d b) La question de savoir si la décision de l'arbitre, à savoir que le requérant avait violé la convention collective en refusant un congé en vertu de l'article 10.09, compte tenu des nécessités du service, était manifestement déraisonnable, et ce, quelles que soient les circonstances, et constituait une erreur de droit susceptible de révision. [C'est moi qui souligne.]

Bref, il est clair qu'il s'agit en l'espèce de déterminer si l'arbitre a tiré une conclusion manifestement déraisonnable.

## CONCLUSIONS

g Je suis convaincu que la clause privative figurant à l'article 101 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* s'applique en l'espèce. L'article 43 de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] exigerait son application pour les raisons suivantes:

(1) Il s'agit d'une procédure qui était en cours, relativement à un droit, avant l'abrogation de l'article 101 [abrogé par L.C. 1992, ch. 54, art. 73] (alinéas 43c) et 43e)).

(2) Les droits ou avantages du requérant, relativement aux motifs de révision permis, étaient déterminés au moment où la décision a été rendue ou au moment où le requérant pouvait demander le contrôle

At that time the applicant's rights or privileges accrued and the privative clause was still in effect (paragraph 43(c)).

(3) This repeal is not to affect the previous operation of the statute. This statute, which contained section 101, operated previously to limit the width of the review and therefore it must remain in effect for this particular case (paragraph 43(b)).

Also, based on the recent Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Ford*, O.J. No. 1936, August 26, 1993 (C.A.), not yet reported, it is likely that the common law rules as to the effect of changes in legislation would mandate the application of the privative clause, and as I have said since the privative clause is applied the standard of review is going to be one of patent unreasonableness. This standard, as illustrated by the Supreme Court of Canada in *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230, only allows for judicial intervention when the decision of the adjudicator is clearly not capable of being supported by the words in the collective agreement. It is clear that under this standard the interpretation does not even have to be the "right" one. Not only was the interpretation accorded to the meaning of "operational requirements" by the Adjudicator capable of support based on the words of the agreement but it was the correct and best interpretation, with many other adjudicators having said the same thing in previous cases.

Even in the absence of section 101 the proper standard to be applied is one of correctness, subject of course to the normal position taken by the Court with respect to the deference accorded to the decisions of experts within the administrative scheme. Discussion of this has occurred in several Supreme Court of Canada cases.<sup>13</sup> Since the standard of correctness is not going to be applied in this case I will not deal with what these cases have said about deference.

<sup>13</sup> For example: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Volvo Canada Ltd. v. U.A.W., Local 720*, [1980] 1 S.C.R. 178; *Caimaw v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada*, [1993] 2 S.C.R. 230; *United Brotherhood of*

(Continued on next page)

judiciaire. À ce moment-là, les droits ou avantages du requérant étaient acquis et la clause privative était encore en vigueur (alinéa 43c)).

(3) Cette abrogation ne doit pas influencer sur l'application antérieure de la Loi. Cette Loi, qui contenait l'article 101, s'appliquait antérieurement de façon à limiter l'étendue du contrôle, et doit donc demeurer en vigueur aux fins de la présente espèce (alinéa 43b)).

De plus, compte tenu de la décision récemment rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. v. Ford*, O.J. n° 1936, 26 août 1993 (C.A.), encore inédite, les règles de common law concernant l'effet qu'ont les modifications apportées à une loi prescriraient probablement l'application de la clause privative, et, comme je l'ai dit, étant donné que la clause privative s'applique, la norme de contrôle sera celle concernant le caractère manifestement déraisonnable. Comme l'a dit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230, cette norme permet uniquement l'intervention judiciaire lorsque la décision de l'arbitre ne peut clairement pas être étayée par le libellé de la convention collective. Il est clair qu'en vertu de cette norme, l'interprétation n'a même pas à être la «bonne». L'interprétation que l'arbitre a donnée à l'expression «nécessités du service» pouvait non seulement être étayée par le libellé de la convention, mais c'était aussi l'interprétation juste et la meilleure interprétation, de nombreux autres arbitres ayant dit la même chose dans des affaires antérieures.

Même en l'absence de l'article 101, la norme qu'il convient d'appliquer est la norme de justesse, sous réserve bien sûr de la position normale prise par la Cour relativement à la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décisions d'experts dans le domaine administratif. La question a été examinée dans plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada<sup>13</sup>. Étant donné que la norme de justesse ne sera pas appliquée en l'espèce, je n'examinerai pas ce

<sup>13</sup> Par exemple: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Volvo Canada Ltd. c. T.U.A., local 720*, [1980] 1 R.C.S. 178; *Caimaw c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada*, [1993] 2 R.C.S. 230;

(Suite à la page suivante)

## REVIEW UNDER THE PRIVATIVE CLAUSE

## (a) Types of Review:

The decision of the Adjudicator is subject to review in two possible ways even though the section 101 privative clause still applies. First, the Adjudicator's decision could be reviewed if he wrongly interpreted the statute granting him jurisdiction. The standard with respect to this type of error will always be one of correctness. This principle was most recently affirmed in *Dayco (Canada) Ltd. v. CAW-Canada* (*supra*).

In this case the labour arbitrator, appointed under the Ontario labour legislation, was asked to determine grievance in relation to retirees' benefits under a collective agreement that had expired. The arbitrator only had jurisdiction to deal with collective agreements and it was argued that since there was no collective agreement there was nothing for him to deal with. He decided, however, that the rights survived the termination of the agreement. Therefore it was still as if the agreement existed in that respect so he could have jurisdiction to hear the issue. The Court said that he was correct in this regard. The issue arose as to whether or not the Arbitrator's decision was reviewable since he required a collective agreement to arbitrate. Mr. Justice La Forest stated that, normally in the labour context, the administrative body will have the right to be wrong (i.e., jurisdiction *stricto sensu*):

After all, the most frequent challenge of an arbitrator's jurisdiction is an assertion by one of the parties that the incident underlying a grievance is not contemplated by the collective agreement. These issues are resolved by the arbitrator's application of the facts to the agreement as he or she interprets it, and this process is clearly intended to be left to the expertise of the arbitrator. However, when it comes to determining whether a collective agreement governs the rights and obligations of the parties irrespective of the interpretation of that agreement, the arbitrator has no benchmark; the existence or subsistence of

(Continued from previous page)

*Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316.

qui a été dit dans ces arrêts au sujet de la question de la retenue judiciaire.

## RÉVISION MALGRÉ LA CLAUSE PRIVATIVE

## (a) Types d'examen:

La décision de l'arbitre est susceptible d'examen de deux façons, même si la clause privative figurant à l'article 101 s'applique encore. En premier lieu, la décision de l'arbitre pourrait être révisée si celui-ci interprétait, d'une façon erronée, la Loi lui conférant sa compétence. La norme relative à ce type d'erreur sera toujours la norme de justesse. Ce principe a récemment été confirmé dans l'arrêt *Dayco (Canada) Ltd. c. TCA-Canada* (précité).

Dans cette affaire-là, l'arbitre, nommé en vertu de la législation du travail de l'Ontario, devait trancher un grief concernant les avantages dont bénéficiaient les retraités en vertu d'une convention collective qui avait expiré. L'arbitre avait uniquement compétence à l'égard des conventions collectives; il a été soutenu que puisqu'il n'y avait pas de convention collective, son examen était sans objet. Toutefois, l'arbitre a décidé que les droits survivaient à la convention. Par conséquent, c'était comme si la convention existait à cet égard, de sorte que l'arbitre avait compétence. La Cour a dit que l'arbitre avait raison sur ce point. Il s'agissait de savoir si la décision de l'arbitre était susceptible de révision, étant donné qu'il fallait qu'une convention collective existe pour que celui-ci puisse rendre une décision. Le juge La Forest a dit que normalement, dans le contexte des relations de travail, l'entité administrative a le droit de se tromper (c.-à-d., la compétence *stricto sensu*):

Après tout, la façon la plus fréquente de contester la compétence d'un arbitre est l'affirmation par l'une des parties que l'incident à l'origine d'un grief n'est pas envisagé par la convention collective. L'arbitre règle ces questions en appliquant les faits à la convention telle qu'il l'interprète et on a clairement voulu que ce processus ressortisse à son expertise. Toutefois, lorsqu'il s'agit de décider si une convention collective régit les droits et les obligations des parties indépendamment de l'interprétation de cette convention, l'arbitre ne dispose d'aucun point de repère; l'existence ou la survie de la conven-

(Suite de la page précédente)

*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316.

the collective agreement itself is called into question. Although the arbitrator has the power to decide these questions, he or she must be correct in doing so.<sup>14</sup> [My emphasis.]

There does not seem to be any dispute as to the Adjudicator's interpretation of the legislation granting him jurisdiction<sup>15</sup> nor could there be any. The only provisions granting jurisdiction to the Adjudicator are sections 92 and 93. All that is required in these sections is that there be a grievance. In this case there most certainly is a grievance. It is clear that the requirements under these two sections are met. The applicant argues that the Adjudicator had no jurisdiction given the wording of 10.09 of the agreement to decide the "adequacy of the applicant's staffing policy". The applicant relies, also, on certain provisions of the *Financial Administration Act* [R.S.C., 1985, c. F-11] and the *Public Service Staff Relations Act* for this proposition. It is clear that this is a question of a different nature. That is, was his opinion of the interpretation of the collective agreement proper, based on all of those factors? This is not the same as the interpretation of his jurisdiction to hear the matter. As such, this issue is within the field that Parliament intended him to decide upon.<sup>16</sup>

The second type of review to which the Adjudicator could be subject is in relation to his interpretation of the collective agreement. Because of the privative clause this standard will, unlike the previous one, be that of patent unreasonableness.

Before analyzing the interpretation given to "operational requirements" by the Adjudicator, it is neces-

<sup>14</sup> At pp. 260-261.

<sup>15</sup> The applicant argues (memorandum of argument, par. 14) that the Adjudicator had no jurisdiction but nowhere does the applicant argue the empowering statute was misconstrued.

<sup>16</sup> It is clear that the interpretation of a collective agreement is exactly what Parliament intended to be within the jurisdiction of the adjudicator. Authority for this proposition can be seen in the quote from *Dayco* two paragraphs down. Further authority may be found in the reasons of Dickson J. [as he then was] in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at pp. 235-236.

tion collective elle-même est mise en doute. Même si l'arbitre a le pouvoir de trancher ces questions, il doit le faire sans commettre d'erreur<sup>14</sup>. [C'est moi qui souligne.]

L'interprétation que l'arbitre a donnée à la Loi lui conférant sa compétence ne semble pas être contestée<sup>15</sup>, et ne pourrait pas l'être. Les seules dispositions conférant une compétence à l'arbitre sont les articles 92 et 93. Ces dispositions exigent uniquement qu'un grief soit présenté. En l'espèce, il existe de toute évidence un grief. Il est clair que les exigences de ces deux dispositions sont satisfaites. Le requérant soutient que, compte tenu du libellé de la clause 10.09 de la convention, l'arbitre n'avait pas compétence pour se prononcer sur [TRADUCTION] «le caractère adéquat de la politique de dotation du requérant». À l'appui de cette proposition, le requérant s'appuie également sur certaines dispositions de la *Loi sur la gestion des finances publiques* [L.R.C. (1985), ch. F-11] et de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*. Il est clair qu'il s'agit d'une question d'une nature différente, à savoir, si l'avis que l'arbitre a exprimé au sujet de l'interprétation de la convention collective était juste, compte tenu de tous ces facteurs. Ce n'est pas la même chose que l'interprétation de la compétence qu'il possède pour entendre l'affaire. Cela étant, cette question fait partie du champ de compétence que le législateur voulait lui conférer<sup>16</sup>.

Le second type d'examen auquel l'arbitre pourrait être assujéti se rapporte à son interprétation de la convention collective. Étant donné la clause privative, cette norme sera, contrairement à la norme antérieure, celle du caractère manifestement déraisonnable.

Avant d'examiner l'interprétation que l'arbitre a donnée à l'expression «nécessités du service», il faut

<sup>14</sup> Aux p. 260 et 261.

<sup>15</sup> Le requérant soutient (exposé des points d'argument, par. 14) que l'arbitre n'avait pas compétence, mais il ne soutient nulle part que la loi d'habilitation a été mal interprétée.

<sup>16</sup> Il est clair que l'interprétation d'une convention collective est précisément une compétence que le législateur voulait conférer à l'arbitre. L'arrêt *Dayco* fait autorité à ce sujet (voir le passage cité, deux paragraphes plus loin). Les motifs prononcés par le juge Dickson [alors juge puîné] dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, aux p. 235 et 236, font également autorité à cet égard.

sary to describe the effect of applying a patently unreasonable standard of review. What it means to apply a patently unreasonable standard of review has been substantially clarified after the recent decision of the Supreme Court of Canada in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 230 wherein Sopinka J. stated:

A patently unreasonable error is more easily defined by what it is not than by what it is. This Court has said that a finding or decision of a tribunal is not patently unreasonable if there is any evidence capable of supporting the decision even though the reviewing court may not have reached the same conclusion . . . or, in the context of a collective agreement, so long as the words of that agreement have not been given an interpretation which those words cannot reasonably bear . . . . What these statements mean, in my view, is that the court will defer even if the interpretation given by the tribunal to the collective agreement is not the "right" interpretation in the court's view nor even the "best" of two possible interpretations, so long as it is an interpretation reasonably attributable to the words of the agreement.<sup>17</sup>

The question is, is the interpretation given to the words "operational requirements" patently unreasonable given the above definition of what is not patently unreasonable? The short answer to this would seem to be no, indeed, the decision of the Adjudicator is not only reasonable but it is probably the most logical and it is certainly supported by the case law. Even on the correctness test the Adjudicator's decision would still stand.

(b) Application of Patent Unreasonableness Standard to the Interpretation of 10.09:

This issue does not really need a great deal of analysis. It is clear that the Adjudicator's decision as to the meaning of "operational requirements" is, at the very least, one which the wording of the agreement would reasonably bear. Further, it seems, given the cases cited by the Adjudicator, that this interpretation is not novel or unique to this Adjudicator. Adjudicators have stated on several occasions that an employer cannot rely on "operational requirements"

<sup>17</sup> At pp. 340-341.

décrire l'effet de l'application de la norme de contrôle fondée sur le caractère manifestement déraisonnable. Ce que signifie l'application de cette dernière norme a été en bonne partie clarifié après la décision que la Cour suprême du Canada a récemment rendue dans l'arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, où le juge Sopinka a déclaré ceci:

L'erreur manifestement déraisonnable se définit plus aisément en fonction de ce qu'elle n'est pas plutôt que de ce qu'elle est. Notre Cour a dit qu'une conclusion ou une décision d'un tribunal n'est pas manifestement déraisonnable s'il existe des éléments de preuve susceptibles de la justifier, même si elle ne correspond pas à la conclusion qu'aurait tirée la cour chargée de procéder à l'examen . . . ou, dans le contexte d'une convention collective, dans la mesure où les termes de celle-ci n'ont pas été interprétés d'une façon acceptable . . . Ces affirmations signifient, selon moi, que la cour de justice fera preuve de retenue même si, à son avis, l'interprétation qu'a donnée le tribunal à la convention collective n'est pas la «bonne» ni même la «meilleure» de deux interprétations possibles, pourvu qu'il s'agisse d'une interprétation que peut raisonnablement souffrir le texte de la convention<sup>17</sup>.

Il s'agit de savoir si l'interprétation donnée à l'expression «nécessités du service» est manifestement déraisonnable, compte tenu de la définition précitée de ce qui n'est pas manifestement déraisonnable. Il semblerait qu'on puisse brièvement répondre par la négative, en disant que, de fait, la décision de l'arbitre est non seulement raisonnable, mais aussi, selon toute probabilité, la plus logique, et qu'elle est certainement étayée par la jurisprudence. Même selon le critère de la justesse, la décision de l'arbitre serait encore maintenue.

(b) Application de la norme du caractère manifestement déraisonnable à l'interprétation de la clause 10.09:

Cette question n'a pas réellement à être examinée au fond. Il est clair que la décision rendue par l'arbitre, au sujet du sens de l'expression «nécessités du service», est tout au moins une que le libellé de la convention justifierait d'une façon raisonnable. En outre, compte tenu des affaires citées par l'arbitre, il semble que cette interprétation n'est pas nouvelle ou propre à cet arbitre. Les arbitres ont déclaré à plusieurs reprises que l'employeur ne peut pas invoquer les «néces-

<sup>17</sup> Aux p. 340 et 341.

as an excuse "where it has failed to provide staffing personnel sufficient to meet its contractual obligations, particularly over a long period of time, and that to do so, constitutes a violation of the collective agreement".<sup>18</sup>

The Adjudicator's decree is also buttressed by other factors very much in evidence, namely:

1. The application for leave was sought in July 1991, giving the employer what should have been more than adequate time to deal with the fact of losing this supervisor. He could have been replaced as a supervisor by elevating one of the controllers, moving in a supervisor or controller from another area, or dealing with it by more overtime work, a not unusual thing at Toronto. The employer seems to have made no effort and simply refused the application.

2. The chronic shortage of personnel was admitted to have lasted more than 15 years and seemingly the employer did not expect or intend to correct it in that the employer suggested the applicant take a leave of absence under the "self-funded leave programme in four or five years at which time travel levels might permit it". [My emphasis.]

3. There seems little motivation on the part of the employer to correct the staff shortage and he relied on this shortage to disallow ten or so other applica-

<sup>18</sup> Respondent's memorandum of argument, par. 39, citing: *Laws et al. and Treasury Board (Transport Canada)* (January 16, 1980), File Nos. 166-2-6437-6440, 6666, 6473/4, 7026-7029 (P.S.S.R.B.); *Canada (Treasury Board) v. Randal* (not reported) Federal Court of Appeal, October 23, 1984 (Court File No. A-1589-83); affg Public Service Staff Relations Board File Numbers 166-2-13810 and 13811 (not reported); *Savage and Treasury Board (Transport Canada)* (June 9, 1981), File No. 166-2-9734 (P.S.S.R.B.); *Milne and Treasury Board (Transport Canada)* (August 17, 1989) File No. 166-2-18376 (P.S.S.R.B.); *Rooney and Treasury Board (Transport Canada)* (August 13, 1991), File No. 166-2-21306 (P.S.S.R.B.); *Graham and Treasury Board (Transport Canada)* (August 26, 1991), File No. 166-2-21414 (P.S.S.R.B.); *MacGregor and Treasury Board (Transport Canada)* (October 22, 1992), File No. 166-2-22489 (P.S.S.R.B.); *McConaghy and Treasury Board (Transport Canada)* (March 24, 1993), File No. 166-2-22945 (P.S.S.R.B.) [[1993] C.P.S.S.R.B. No. 43 (Q.L.)].

sités du service» [TRADUCTION] «lorsqu'il a omis de pourvoir à un nombre suffisant de postes pour s'acquitter de ses obligations contractuelles, en particulier pendant une longue période, cela constituant une violation de la convention collective»<sup>18</sup>.

La décision de l'arbitre est également étayée par d'autres facteurs fort évidents, à savoir:

1. Le congé a été demandé en juillet 1991, de sorte que l'employeur aurait dû avoir amplement le temps de prendre des mesures par suite de la perte de ce superviseur. Il aurait pu remplacer l'intimé en désignant l'un des contrôleurs, en affectant un superviseur ou un contrôleur d'un autre secteur, ou encore en accroissant le nombre d'heures supplémentaires, chose qui n'est pas inhabituelle à Toronto. L'employeur ne semble pas avoir fait d'efforts et a simplement refusé la demande.

2. Il a été reconnu que la pénurie chronique de personnel durait depuis plus de 15 ans et, apparemment, l'employeur ne s'attendait pas à remédier à la situation ou n'avait pas l'intention de le faire, en ce sens qu'il a proposé à l'intimé de prendre un congé autorisé dans le cadre du «programme de congé autofinancé, dans quatre ou cinq ans, lorsque les niveaux de dotation pourraient le permettre». [C'est moi qui souligne.]

3. L'employeur semble être peu disposé à remédier à la pénurie de personnel et il a invoqué cette pénurie pour refuser une dizaine d'autres demandes plutôt

<sup>18</sup> Exposé des points d'argument de l'intimé, par. 39, où sont cités: *Laws et autres et le Conseil du Trésor (Transports Canada)* (16 janvier 1980), dossiers 166-2-6437-6440, 6666, 6473/4, 7026-7029 (C.R.T.F.P.); *Canada (Conseil du Trésor) c. Randal* (inédit) Cour d'appel fédérale, 23 octobre 1984 (dossier du greffe A-1589-83); confirmant les décisions rendues par la Commission des relations de travail dans la fonction publique dans les dossiers 166-2-13810 et 13811 (inédites); *Savage et le Conseil du Trésor (Transports Canada)* (9 juin 1981), dossier 166-2-9734 (C.R.T.F.P.); *Milne et le Conseil du Trésor (Transports Canada)* (17 août 1989) dossier 166-2-18376 (C.R.T.F.P.); *Rooney et le Conseil du Trésor (Transports Canada)* (13 août 1991), dossier 166-2-21306 (C.R.T.F.P.); *Graham et le Conseil du Trésor (Transports Canada)* (26 août 1991), dossier 166-2-21414 (C.R.T.F.P.); *MacGregor et le Conseil du Trésor (Transports Canada)* (22 octobre 1992), dossier 166-2-22489 (C.R.T.F.P.); *McConaghy et le Conseil du Trésor (Transports Canada)* (24 mars 1993), dossier 166-2-22945 (C.R.T.F.P.) [[1993] C.R.T.F.P.C. n° 43 (Q.L.)].

tions rather than dealing effectively with the problem. He could keep staff on and working extensive overtime, confident in the fact that no leaves were granted or going to be granted.

4. The multiplier factor was calculated in error without factoring in the likelihood of leaves of absence under clauses 10.07 or 10.09. If pressure needed to be brought to bear on Treasury Board, it seems to me a higher requirement for personnel was indicated and the multiplier could and should have been corrected.

In other cases in which adjudicators held operational requirements to be valid excuses the situation was clearly different than it is here. Certainly this reinforces the validity of the interpretation given to clause 10.09.<sup>19</sup>

Counsel for the applicant referred to the case of *Jarrell v. The Queen* an unreported decision of the Federal Court of Appeal, September 6, 1984 (Court File No. A-931-83) in which the Court dismissed a section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] application to set aside the decision of an adjudicator dismissing a grievance under then clause 10.07 (now 10.09). In that case, the applicant was an air traffic controller at the Oshawa Control tower who requested leave in order to take up employment with ICAO in Saudi Arabia, and who was refused by the employer citing short-staffing which existed within the organization. In reaching its decision, the Court of Appeal quoted from page 15 of the Adjudicator's decision about the short-staffing problems as follows:

... [T]he Oshawa Control Tower was faced with the prospect that its staff of air traffic controllers would soon be reduced from nine to seven, or by about 22%. The shortage was such that arrangements were made to relocate two employees from other Control Towers to Oshawa. The staff shortage in Oshawa was not unique. Such a shortage existed elsewhere in the Ontario region and, according to the superintendent of operations, it

<sup>19</sup> See Adjudicator's discussion of *Hollier and Willis* [*Hollier et al. and Treasury Board (Transport Canada)* (November 11, 1981), File Nos. 166-2-10526, 10527 (P.S.S.R.B.)] at pp. 35-36.

que de résoudre le problème d'une façon efficace. Il pouvait conserver le personnel et lui faire effectuer un grand nombre d'heures supplémentaires, en se fiant au fait qu'aucun congé n'était accordé ou n'allait être accordé.

4. Le multiplicateur a été calculé d'une façon erronée sans qu'il soit tenu compte de la probabilité que des congés soient accordés en vertu des clauses 10.07 ou 10.09. Il me semble que, si des pressions devaient être exercées sur le Conseil du Trésor, un besoin plus grand en personnel était indiqué et que le multiplicateur aurait pu et aurait dû être corrigé.

Dans les autres affaires où les arbitres ont conclu que les nécessités du service constituaient des excuses valables, la situation était clairement différente de celle qui existait en l'espèce. De toute évidence, cela renforce la validité de l'interprétation donnée à la clause 10.09<sup>19</sup>.

L'avocat du requérant a cité *Jarrell c. La Reine*, décision non publiée de la Cour d'appel fédérale datée du 6 septembre 1984 (dossier du greffe A-931-83), où la Cour a rejeté la demande qui avait été présentée en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10] en vue de faire annuler la décision par laquelle l'arbitre avait rejeté un grief fondé sur ce qui était alors la clause 10.07 (maintenant clause 10.09). Dans cette affaire-là, le requérant était un contrôleur de la circulation aérienne à la tour de contrôle d'Oshawa, qui avait demandé un congé afin d'exercer un emploi auprès de l'OACI en Arabie saoudite, et qui s'était vu opposer un refus, l'employeur ayant invoqué le manque de personnel existant au sein de l'organisation. En rendant sa décision, la Cour d'appel a cité un passage figurant à la page 15 de la décision de l'arbitre, où il était question du manque de personnel:

... [L]a tour de contrôle d'Oshawa devait faire face à la possibilité d'une réduction du nombre de contrôleurs de la circulation aérienne, qui devait passer de neuf à sept, soit une baisse d'environ 22 p. 100. La pénurie était telle que des dispositions avaient été prises pour faire venir à Oshawa deux employés d'autres tours de contrôle. La pénurie de personnel à Oshawa n'était pas unique. Elle existait également ailleurs dans la

<sup>19</sup> Voir l'analyse de la décision *Hollier et Willis* [*Hollier et al. et le Conseil du Trésor (Transport Canada)* (11 novembre 1981), dossiers 166-2-10526, 10527 (C.R.T.F.P.)] que l'arbitre a effectuée, à la p. 28.



was feared that it could become serious. [At page 3 of the unreported decision.]

The applicant, in part, argued that the Adjudicator committed an error in considering operational requirements elsewhere in the Ontario Region. On this point, the Court of Appeal concluded no error had been made and that clause 10.07 did not limit consideration of operational requirements to the one area alone. The Court affirmed the adjudicator's decision and rejected the application.

That case can be distinguished from the case at bar based on the nature of the short-staffing problem. In *Jarrell, supra*, there was an anticipated reduction in staff from nine to seven which gave rise to the problem. In the present case, the problem was chronic. The tower was short-staffed for virtually all of the period from 1980 to 1993, including the period when the respondent was absent due to his resignation. Therefore, the reasoning in *Jarrell, supra*, cannot apply to this case. In any event, it is not clear that the Court of Appeal directed itself to any question other than the scope of the area to consider with respect to short-staffing, something not at issue here.

Finally, I note that the applicant did not provide any convincing authority to contradict the Adjudicator's interpretation of clause 10.09.

The applicant argues that the Adjudicator has no jurisdiction to assess the adequacy of the applicant's staffing decisions within the Public Service. The applicant relies on section 7 [as am. by S.C. 1991, c. 24, ss. 2, 49] and section 11 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 9, s. 22] of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 and section 7 of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35.<sup>20</sup> The easiest way of dealing with this is to note that there is nothing in either of the sections cited that explicitly or implicitly denies the Adjudicator juris-

<sup>20</sup>Applicant's memorandum of argument, par. 14.//A copy of the relevant sections of the *Financial Administration Act* is located under tab E, at pp. 177-181 of the applicant's applica-

région de l'Ontario et, d'après le surintendant des opérations, on craignait que la situation s'aggrave. [À la page 3 de la décision inédite.]

Le requérant a notamment soutenu que l'arbitre avait commis une erreur en tenant compte des nécessités du service ailleurs dans la région de l'Ontario. Sur ce point, la Cour d'appel a conclu qu'aucune erreur n'avait été commise et que la clause 10.07 ne limitait pas la considération des nécessités du service à ce seul endroit. La Cour a confirmé la décision de l'arbitre et a rejeté la demande.

Une distinction peut être faite entre cette affaire-là et la présente espèce, compte tenu de la nature du problème de pénurie de personnel. Dans l'arrêt *Jarrell*, précité, on prévoyait une réduction de personnel, le nombre d'employés devant passer de neuf à sept, ce qui entraînait le problème. En l'espèce, le problème était chronique. Pendant presque toute la période allant de 1980 à 1993, y compris la période où l'intimé était absent par suite de sa démission, il y avait une pénurie de personnel à la tour. Par conséquent, le raisonnement qui a été fait dans l'arrêt *Jarrell*, précité, ne peut pas s'appliquer en l'espèce. Quoi qu'il en soit, il n'est pas clair que la Cour d'appel ait examiné autre chose que l'étendue de la région dont il fallait tenir compte relativement au manque de personnel, question qui n'est pas ici en litige.

Enfin, je remarque que le requérant n'a pas cité quelque ouvrage ou arrêt convaincant pour contredire l'interprétation que l'arbitre avait donnée à la clause 10.09.

Le requérant soutient que l'arbitre n'a pas compétence pour évaluer le caractère adéquat des décisions prises par le requérant en matière de dotation au sein de la fonction publique. Le requérant s'appuie sur l'article 7 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 2] et l'article 11 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 9, art. 22; L.C. 1991, ch. 24, art. 50] de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, et sur l'article 7 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-35<sup>20</sup>. La façon la plus facile de régler la question

<sup>20</sup>Exposé des points d'argument du requérant, par. 14.//Une copie des dispositions pertinentes de la *Loi sur la gestion des finances publiques* se trouve à l'onglet E, aux p. 177 à 181, du

diction to assess the adequacy of staffing for the purpose of interpreting the collective agreement.

Further, the staffing decisions of the applicant must be open to scrutiny within the context of interpreting the collective agreement. It is clear that the provisions of a collective agreement do have an effect on staffing and that this is contemplated by the parties. The agreement was entered into in good faith and it must govern the employment relationship between the parties, otherwise it would not really be of any use. The fact that it directs the employer to act in a certain way is all part of the deal. All the Adjudicator is doing is clarifying, to the parties, what the collective agreement is saying. In this case the Adjudicator did not order the applicant to change its staffing policies. He merely stated that if the applicant failed to take into account the provisions of the collective agreement in calculating the actual staff required it would have to live with the consequences. That is, not being able to rely on it for an excuse under clause 10.09.<sup>21</sup>

The applicant argues that the decision of the Adjudicator is a usurpation of the applicant's managerial prerogative. For the same reasons as given above I do not accept this argument.

Further, the applicant argues that the Adjudicator only has jurisdiction, with respect to the interpretation of operational requirements, to determine whether staffing was a genuine reason given for the refusal of leave requested by the employee, or whether other irrelevant considerations formed the

(Continued from previous page)

tion record. A copy of s. 7 of the *Public Service Staff Relations Act*, is located under tab E, at p. 182 of the applicant's application record.

<sup>21</sup> See also: *Milne and Transport Canada*, *supra*, at p. 15; *Rooney and Treasury Board*, *supra*, at pp. 7-8; *Graham and Treasury Board*, *supra*, at pp. 8-9 and *MacGregor and Treasury Board*, *supra*, at p. 17.

est de faire remarquer qu'il n'y a rien dans l'une ou l'autre de ces dispositions qui nie expressément ou implicitement la compétence que possède l'arbitre d'évaluer le caractère adéquat de la dotation aux fins de l'interprétation de la convention collective.

En outre, les décisions prises par le requérant en matière de dotation doivent pouvoir être examinées dans le contexte de l'interprétation de la convention collective. Il est clair que les dispositions d'une convention collective ont un effet sur la dotation et que c'est ce qui est envisagé par les parties. Les parties étaient de bonne foi en concluant la convention et cette dernière doit régir leurs relations de travail car autrement elle ne serait pas réellement utile. Le fait que la convention exige que l'employeur agisse d'une certaine façon fait partie intégrante du marché. L'arbitre clarifie simplement, à l'intention des parties, ce que dit la convention collective. En l'espèce, l'arbitre n'a pas ordonné au requérant de modifier ses politiques de dotation. Il a simplement dit que si le requérant omettait de tenir compte des dispositions de la convention collective en calculant le nombre réel d'employés nécessaires, il devrait assumer les conséquences, c'est-à-dire qu'il ne pourrait pas alléguer cette excuse en vertu de la clause 10.09<sup>21</sup>.

Le requérant soutient que la décision de l'arbitre constitue une usurpation de la prérogative du requérant en matière de gestion. Pour les motifs ci-dessus énoncés, je ne retiens pas cet argument.

En outre, le requérant soutient que l'arbitre a uniquement compétence, en ce qui concerne l'interprétation de ce que signifient les nécessités du service, pour déterminer si la dotation constitue un véritable motif, aux fins du refus d'accorder le congé demandé par l'employé, ou si d'autres considérations non per-

(Suite de la page précédente)

dossier de demande du requérant. Une copie de l'art. 7 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* se trouve à l'onglet E, à la p. 182 du dossier de demande du requérant.

<sup>21</sup> Voir également: *Milne et Transports Canada*, précité, à la p. 16; *Rooney et Conseil du Trésor*, précité, aux p. 9-10; *Graham et Conseil du Trésor*, précité, à la p. 10 et *MacGregor et Conseil du Trésor*, précité, à la p. 18.

basis for the applicant's decisions.<sup>22</sup> The response to this line of argument is threefold.

First, there is no indication that the Adjudicator has any obligation to find "irrelevant considerations" before he decides whether or not an excuse was valid. It seems clear that the Adjudicator can look to the facts of the situation and decide, as he has done in this case, that the refusal was not justified.

Second, given the cases mentioned previously, it is clear that the Adjudicator can look into what "operational requirements" means. Therefore the fact that staffing was a reason given does not necessarily mean it will be an operational requirement.

Finally, it is clear that the Adjudicator's decision can also be supported on the ground that he found that there was not a valid excuse, given the applicant's actions after the respondent's departure. As noted earlier, the Adjudicator found the following facts to be of significance:<sup>23</sup>

1. No other person was hired to take the respondent's position upon his departure.
2. Another person was allowed to move to another division.
3. The applicant did not replace that person either.
4. It was clear in the absence of the respondent the applicant was still able to provide the same level of service.

Given the above arguments I cannot find that the decision of the Adjudicator was patently unreasonable or that he was without jurisdiction. Therefore, this application is dismissed, with costs to the respondent.

tinentes ont servi de fondement aux décisions du requérant<sup>22</sup>. La réponse à ce genre d'argument est triple.

*a* Premièrement, rien n'indique que l'arbitre soit tenu de conclure à l'existence de [TRADUCTION] «considérations non pertinentes» pour déterminer si une excuse est valable. Il semble clair que l'arbitre peut examiner les faits de l'affaire et conclure, comme il *b* l'a fait en l'espèce, que le refus n'était pas justifié.

Deuxièmement, compte tenu des arrêts susmentionnés, il est clair que l'arbitre peut examiner ce que signifient les «nécessités du service». Par conséquent, *c* le fait que la dotation était la raison donnée ne veut pas nécessairement dire qu'il s'agit d'une nécessité du service.

Enfin, il est clair que la décision de l'arbitre peut également être étayée par le motif que celui-ci a conclu qu'il n'existait aucune excuse valable, compte tenu des actions du requérant après le départ de l'intimé. Comme je l'ai ci-dessus fait remarquer, l'arbitre a conclu que les faits suivants étaient importants<sup>23</sup>:

- e* 1. Personne d'autre n'a été embauché pour occuper le poste de l'intimé après son départ.
2. On a permis à un autre employé de changer de division.
- f* 3. Le requérant n'a pas non plus remplacé cet employé.
4. Il est clair que pendant l'absence de l'intimé, le requérant a encore été en mesure de fournir le même niveau de service.

*g* Compte tenu des arguments susmentionnés, je ne puis conclure que la décision de l'arbitre était manifestement déraisonnable ou que ce dernier n'avait pas compétence. Par conséquent, cette demande est rejetée, les dépens étant adjugés à l'intimé.

<sup>22</sup> Applicant's memorandum of argument, par. 15.

<sup>23</sup> See Adjudicator's decision, at p. 36.

<sup>22</sup> Exposé des points d'argument du requérant, par. 15.

<sup>23</sup> Voir la décision de l'arbitre, aux p. 28 et 29.

T-3038-90

John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson, Frank Nolan, each on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the Batchewana Band (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs Canada and the Attorney General of Canada and the Batchewana Indian Band (*Defendants*)

*INDEXED AS: BATCHEWANA INDIAN BAND (NON-RESIDENT MEMBERS) v. BATCHEWANA INDIAN BAND (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Sault Ste-Marie, Ontario, May 17, 18, 19, 20, 21; Ottawa, September 9, 1993.

*Native peoples — Elections — Indian Act, s. 77(1), disqualifying Band members not ordinarily resident on reserve from voting in Batchewana Indian Band elections, in violation of Charter, s. 15 — Non-resident members' rights infringed as prevented from voting on use or disposition of reserve lands or Indian moneys even though still members of Band and affected by decisions thereon.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indian Act, s. 77(1), disqualifying Band members not ordinarily resident on reserve from voting in Batchewana Indian Band elections, in violation of Charter, s. 15 — Finding of fact Batchewana Indian Band members not resident on reserve traditionally disadvantaged group because of inability to move onto reserve — Declaration granted Indian Act, s. 77(1) invalid but operation suspended until July 1, 1994 to allow Parliament to consider amending Indian Act.*

*Practice — Parties — Standing — Members of Indian Band bringing action on own behalf and on behalf of Band members not ordinarily resident on reserve — Not necessary to prove support of all such persons — Named plaintiffs may bring class action on behalf of category of fellow Indian band members for constitutional determinations involving communal rights, even where some members of class expressly oppose action.*

Subsection 77(1) of the *Indian Act* provides that a band member must be ordinarily resident on the reserve to be eligi-

T-3038-90

John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson, Frank Nolan, en leur nom personnel et au nom de tous les membres non-résidents de la bande de Batchewana (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le procureur général du Canada, et la bande indienne de Batchewana (*défendeurs*)

*RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE BATCHEWANA (MEMBRES NON-RÉSIDENTS) c. BANDE INDIENNE DE BATCHEWANA (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Strayer—Sault Ste-Marie, Ontario, 17, 18, 19, 20, 21 mai; Ottawa, 9 septembre 1993.

*Peuples autochtones — Élections — L'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui rend les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur la réserve inhabiles à voter aux élections de la bande indienne de Batchewana contrevient à l'art. 15 de la Charte — Il y a atteinte aux droits des membres non-résidents parce qu'ils ne peuvent voter sur l'emploi ou l'aliénation des terres de réserve ou de l'argent des Indiens bien s'ils soient toujours membres de la bande et touchés par les décisions prises à cet égard.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui rend les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur la réserve inhabiles à voter aux élections de la bande indienne de Batchewana, contrevient à l'art. 15 de la Charte — Conclusion de fait portant que les membres de la bande indienne de Batchewana ne résidant pas sur la réserve constituent traditionnellement un groupe défavorisé en raison de leur incapacité de s'établir sur la réserve — Jugement déclarant l'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens invalide, son exécution étant toutefois suspendue jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994 afin de permettre au Parlement d'examiner les modifications à apporter à la Loi sur les Indiens.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Membres d'une bande indienne intentant une action en leur nom personnel et au nom de tous les membres ne résidant pas ordinairement sur la réserve — Il n'est pas nécessaire de prouver l'appui de toutes ces personnes — Les demandeurs nommés peuvent intenter une action collective au nom d'une catégorie de membres d'une bande indienne pour faire trancher des questions constitutionnelles, dont celle des droits communs, même en dépit de l'opposition expresse de certains membres de la catégorie.*

En vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, un membre d'une bande doit résider ordinairement sur la réserve

ble to vote in band elections. The *Indian Band Election Regulations* and by-laws of the Batchewana Indian Band provide some criteria for determining whether a person is "ordinarily resident" on a reserve.

The plaintiffs sought a declaration that these provisions contravened section 15 and paragraph 2(d) of the Charter; a declaration that these sections did not apply to elections held under the *Indian Act* for the Batchewana Band; orders granting or restoring to all adult members of the Band, wherever resident, the right to vote.

With respect to standing, it was not necessary for the plaintiffs to prove that they have the support of all the members of the Band not ordinarily residing on the reserve. Named plaintiffs may bring a class action on behalf of a category of fellow Indian band members for constitutional determinations involving communal rights, even where some members of the class expressly oppose the action. In any event, in view of the relaxed requirements for standing to bring actions for declarations in constitutional and public law cases, the plaintiffs have standing to seek the declarations herein.

It was established that in 1991, 68% of the Band lived off Band reserves and that most of those who wanted to live on a reserve could not expect to do so very soon. For most, subsidies are required, coming from government funding whose recipients are chosen by, or under the control of, the Band Council.

The reserves in question were held by Her Majesty for the use and benefit of the Batchewana Band which, by virtue of the Act, included all of its members whether resident on the reserve or not.

No member of a band can be lawfully in possession of land on a reserve unless it is allotted to him by the council of the band which is now, of course, elected by those already resident on the reserve. Reserve lands cannot be surrendered to Her Majesty unless such surrender is approved by a majority of the electors of the band, those band members not ordinarily resident on the reserve being disqualified from voting. Band members not ordinarily resident on a reserve are also prevented, being denied the right to vote, from having a say with respect to the use and disposition of Indian moneys, even though it is supposed to be used for the benefit of the band.

*Held*, a declaration should issue that subsection 77(1) of the *Indian Act* is invalid with respect to the Batchewana Indian Band, but the declaration should be suspended until July 1, 1994, subject to further order of the Court.

There was discrimination: the denial of the right to vote in Band Council elections, or for other purposes such as the approval of the surrender of any interest in the reserve or the use of Indian moneys, has a significant negative impact on those not ordinarily resident on the reserve. Having no electo-

pour être habile à voter aux élections de la bande. Le *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et les règlements administratifs de la bande indienne de Batchewana établissent certains critères permettant de déterminer si une personne «réside ordinairement» sur une réserve.

<sup>a</sup> Les demandeurs cherchent à obtenir un jugement déclarant que ces dispositions contreviennent à l'article 15 et à l'alinéa 2d) de la Charte, et qu'elles ne s'appliquent pas aux élections tenues sous le régime de la *Loi sur les Indiens* au sein de la bande de Batchewana; ils demandent enfin des ordonnances <sup>b</sup> ayant pour effet d'accorder ou de rétablir le droit de vote à tous les membres adultes de la bande, résidents ou non.

En ce qui concerne la qualité pour agir, il n'est pas nécessaire que les demandeurs prouvent qu'ils ont l'appui de tous les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur la réserve. Les demandeurs nommés peuvent intenter une action collective au nom d'une catégorie de membres d'une bande indienne pour faire trancher des questions constitutionnelles, dont celle des droits communs, même lorsque certains membres de la catégorie s'y opposent expressément. Quoi qu'il en soit, vu les exigences souples entourant la qualité pour <sup>c</sup> intenter des actions déclaratoires en matière constitutionnelle <sup>d</sup> et de droit public, les demandeurs ont qualité pour demander les déclarations visées en l'espèce.

Il a été établi qu'en 1991, 68 % des membres de la bande vivaient à l'extérieur des réserves de la bande et que la majorité de ceux qui voudraient y habiter ne pouvaient espérer le faire dans un proche avenir. Dans la plupart des cas, il leur faudrait des subventions gouvernementales, lesquelles sont accordées à ceux qui sont choisis par le conseil de bande ou sous son contrôle.

Les réserves en cause en l'espèce sont détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande de Batchewana, laquelle, en vertu de la Loi, comprend tous les membres qu'ils résident ou non dans la réserve.

Un membre de la bande ne peut être légalement en possession d'une terre dans la réserve que si la possession lui en a été accordée par le conseil de la bande, lequel est naturellement élu par ceux qui résident déjà dans la réserve. Des terres de réserve ne peuvent être cédées à Sa Majesté à moins que cette cession ne soit approuvée par une majorité des électeurs de la bande, les membres ne résidant pas ordinairement sur la réserve étant inhabiles à voter. N'ayant pas droit de vote, ces derniers ne peuvent non plus faire valoir leur opinion en ce qui touche l'emploi de l'argent des Indiens, même si ces sommes doivent être dépensées au profit de la bande.

*Jugement*: il y a lieu de prononcer un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est invalide à l'égard de la bande indienne de Batchewana, mais d'en suspendre l'exécution jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994, à moins d'ordonnance contraire de la Cour.

Il y a discrimination: le refus d'accorder le droit de vote aux élections au conseil de bande ou à des fins telles que l'approbation de la cession d'un intérêt dans la réserve ou l'emploi de l'argent des Indiens a des répercussions négatives importantes sur ceux qui ne résident pas ordinairement sur la réserve.

ral voice in the election of the Band Council, they have no say in the pace at which the Band Council makes land available on the reserve for newcomers nor in the allocation of housing funds which the Band Council obtains from the Government of Canada for the provision of housing on the reserve. On the facts of this case, Band members not ordinarily resident on any of the Batchewana Band's reserves, in general, form a group which historically has suffered disadvantages because of their inability to move onto the reserves. In many cases, they were those who regained Indian status through Bill C-31 after having been historically denied membership in their band (and thus the right to live on a reserve) because of sex or race, their mother having married outside the Indian race or their parents having been obliged to give up Indian status in order to enjoy the same rights as Canadians of other races. Having been restored to the Band membership they had lost under the gender or racially based laws, they now find their ability to reside on a reserve is limited.

The restriction of the franchise to those band members ordinarily resident on the reserve is based on an irrelevant personal characteristic when that franchise has to do with the disposition of lands and moneys held by Her Majesty for the use and benefit of the band, the band including all members and not simply those resident on the reserve.

It was sufficient to hold subsection 77(1) of the *Indian Act* an infringement of subsection 15(1) of the Charter for the purposes identified, although the unconstitutional consequences flow from its impact on such provisions as paragraph 39(1)(b), subsections 64(1) and 66(1) of the Act.

The application of subsection 77(1) to Band Council elections for the purpose of electing a Council to carry on the ordinary governance of the reserve itself did not infringe subsection 15(1) of the Charter. With respect to the application of subsection 77(1) so as to preclude members of the Band not ordinarily resident on a reserve from having any political say in decisions concerning the disposition of the reserve itself or of "Indian moneys", there could be no justification under section 1 of the Charter.

It was not necessary to decide whether subsection 77(1) of the Act infringed the freedom of non-resident members to associate with resident members (paragraph 2(d) of the Charter).

Since it was not possible to sever the invalid parts of subsection 77(1), the declaration had to be that subsection 77(1) was invalid in its entirety. However, this was a case where the operation of the declaration should be suspended—until July 1, 1994—to allow time, *inter alia*, for the parties to react and for parliamentary consideration of the modifications in the *Indian Act* which might be appropriate.

N'ayant pas voix au chapitre pour ce qui est de l'élection du conseil de bande, ils ne peuvent exprimer leur avis sur le rythme auquel le conseil attribue des terres aux nouveaux venus dans la réserve ni sur la répartition des sommes destinées à l'habitation que le conseil obtient du gouvernement du Canada. En l'espèce, les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur l'une des réserves de la bande de Batchewana forment, de façon générale, un groupe qui a été historiquement défavorisé du fait de leur incapacité de s'établir dans les réserves. Il s'agit, dans de nombreux cas, de personnes qui ont recouvré leur statut d'Indiens grâce au projet de loi C-31 après s'être vu historiquement priver de leur appartenance à la bande (et donc de leur droit de vivre dans une réserve) du fait de leur sexe ou de leur race, leur mère ayant épousé un homme d'une autre race ou leurs parents ayant été obligés de renoncer à leur statut d'Indiens afin de jouir des mêmes droits que les Canadiens d'autres races. Une fois recouvré le statut qu'ils avaient perdu en raison de dispositions fondées sur le sexe ou la race, ils constatent maintenant que la possibilité de résider dans une réserve leur est limitée.

La restriction du droit de vote aux membres qui résident ordinairement sur la réserve est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente lorsque ce droit de vote se rapporte à la façon de disposer des terres et de l'argent des Indiens que détient Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande, la bande incluant tous les membres et non seulement les résidents de la réserve.

Il suffit de déclarer que, pour les fins déterminées, le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte bien que son inconstitutionnalité découle de son effet sur des dispositions tels l'alinéa 39(1)b) et les paragraphes 64(1) et 66(1) de la Loi.

L'application du paragraphe 77(1) aux élections du conseil de bande aux fins d'élire un conseil chargé de l'administration courante de la réserve elle-même ne contrevient pas au paragraphe 15(1) de la Charte. En ce qui concerne l'application du paragraphe 77(1) ayant pour résultat d'empêcher les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur une réserve d'exprimer leur opinion politique quant aux décisions relatives à la façon de disposer de la réserve elle-même ou de l'«argent des Indiens», elle n'a aucune justification eu égard aux exigences de l'article premier.

Il n'y a pas lieu de se prononcer sur la question de savoir si le paragraphe 77(1) de la Loi porte atteinte à la liberté des membres non-résidents de s'associer avec les membres résidents (alinéa 2d) de la Charte).

Vu l'impossibilité de dissocier les parties invalides du paragraphe 77(1), le jugement doit le déclarer invalide dans sa totalité. Il s'agit toutefois d'un cas où il y a lieu de suspendre l'effet du jugement déclaratoire—jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994—afin notamment de donner aux parties le temps de réagir et de permettre un examen parlementaire des modifications qu'il conviendrait d'apporter à la *Loi sur les Indiens*.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(d), 7, 15.  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19).  
*Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, s. 76.  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(b).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 32, s. 1; (4th Suppl.), c. 17, s. 1), 4(3), 18(1), 20(1), 39(1) (as am. *idem*, s. 3), 61, 62, 63, 64(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 32, s. 10), 64.1 (as enacted *idem*, s. 11), 65, 66(1), 67, 68 (as am. *idem*, s. 13), 69, 74(1), 77 (as am. *idem*, s. 14), 81(1) (as am. *idem*, s. 15).  
*Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952, s. 3.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1966] Can. T.S. No. 47.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Twinn v. Canada*, [1987] 2 F.C. 450; (1986), 6 F.T.R. 138 (T.D.); *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; (as to postponement of the coming into effect of a declaration): *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 19 F.T.R. 199 (T.D.); affd [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123; revd on other grounds [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338.

## DISTINGUISHED:

- (as to the interpretation technique of "reading in"): *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2d), 7, 15.  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 76.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 12(1)(b).  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 1; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), 4(3), 18(1), 20(1), 39(1) (mod., *idem*, art. 3), 61, 62, 63, 64(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10), 64.1 (édicte, *idem*, art. 11), 65, 66(1), 67, 68 (mod., *idem*, art. 13), 69, 74(1), 77 (mod., *idem*, art. 14), 81(1) (mod., *idem*, art. 15).  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1966] R.T. Can. n° 47.  
*Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952, art. 3.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Twinn c. Canada*, [1987] 2 C.F. 450; (1986), 6 F.T.R. 138 (1<sup>re</sup> inst.); *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R. 225; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; (sur le report de l'entrée en vigueur d'un jugement déclaratoire): *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 19 F.T.R. 199 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1990] 2 C.F. 129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123; inf., pour d'autres motifs, par [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

- (sur la technique de l'interprétation «atténuée»): *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*Montana Band of Indians v. Canada*, [1991] 2 F.C. 30; [1991] 2 C.N.L.R. 88; (1991), 120 N.R. 200 (C.A.); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Lovelace v. Canada* (1983), 1 *Can. Human Rights Y.B.* 305 (U.N.H.R.C.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; (1990), 104 A.R. 124; [1990] 2 W.W.R. 220; 71 Alta. L.R. (2d) 145; 53 C.C.C. (3d) 330; 74 C.R. (3d) 129; 46 C.R.R. 236; 103 N.R. 282; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

APPLICATION for a declaration that in the circumstances of this case, certain sections of the *Indian Act*, the *Indian Band Election Regulations* and certain by-laws of the Batchewana Indian Band restricting the right to vote to Band members ordinarily resident on the reserve contravene sections 15, 2(d) and 7 of the Charter. Subsection 77(1) of the *Indian Act* is declared in contravention of subsection 15(1) of the Charter in the circumstances of this case. The coming into effect of the declaration is postponed until July 1, 1994.

## COUNSEL:

*Raymond G. Colautti and Gregory A. Campbell* for plaintiffs.  
*John B. Edmond* for the defendant Her Majesty the Queen.

## SOLICITORS:

*Paroian, Raphael, Courey, Cohen & Houston*, Windsor, Ontario, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant Her Majesty the Queen.  
*Lang Michener*, Toronto, for defendant Batchewana Indian Band.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

## DÉCISIONS CITÉES:

*Bande indienne de Montana c. Canada*, [1991] 2 C.F. 30; [1991] 2 C.N.L.R. 88; (1991), 120 N.R. 200 (C.A.); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Lovelace c. Canada* (1983), 1 *Annuaire Can. Droits de la personne* 305 (C.D.H.N.U.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; (1990), 104 A.R. 124; [1990] 2 W.W.R. 220; 71 Alta. L.R. (2d) 145; 53 C.C.C. (3d) 330; 74 C.R. (3d) 129; 46 C.R.R. 236; 103 N.R. 282; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

REQUÊTE en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant qu'eu égard aux circonstances de l'espèce, certains articles de la *Loi sur les Indiens*, du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et de certains règlements administratifs de la bande indienne de Batchewana restreignant le droit de vote aux membres de la bande qui résident ordinairement sur la réserve contreviennent à l'article 15, à l'alinéa 2d) et à l'article 7 de la Charte. Il est déclaré que le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte eu égard aux circonstances de l'espèce. L'entrée en vigueur du jugement déclaratoire est reportée au 1<sup>er</sup> juillet 1994.

## g AVOCATS:

*Raymond G. Colautti et Gregory A. Campbell* pour les demandeurs.  
*John B. Edmond* pour la défenderesse Sa Majesté la Reine.

## h PROCUREURS:

*Paroian, Raphael, Courey, Cohen & Houston*, Windsor (Ontario), pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour la défenderesse Sa Majesté la Reine.  
*Lang Michener*, Toronto, pour la défenderesse la bande indienne de Batchewana.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par*



STRAYER J.:

Relief Requested

The plaintiffs are all members of the Batchewana Indian Band. The plaintiff Corbiere resides on Rankin Indian Reserve 15D, a reserve of the Batchewana Band. The other plaintiffs reside off the reserve. In their statement of claim they seek: a declaration that "in the circumstances of this case" certain sections of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], the *Indian Band Election Regulations* [C.R.C., c. 952], and certain by-laws of the Batchewana Indian Band contravene sections 15, 2(d) and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]; a declaration that these provisions, providing as they do that a Band member must be ordinarily resident on the reserve to be eligible to vote in band elections, do not apply to elections held under the *Indian Act* for the Batchewana Band of Indians; orders which would in effect grant or restore to all adult members of the Band, wherever resident, the right to vote; an order to set aside the result of any election held after the issuance of the statement of claim filed on November 19, 1990; and costs.

During the course of argument counsel for the plaintiffs abandoned any argument based on section 7 of the Charter and also withdrew the request for an order setting aside the last election which I understand was held in December, 1990.

Facts

The defendant Batchewana Indian Band took no part in the trial of this action. When reference is made herein to the "defendants" it is a reference to Her Majesty and the two Ministers named in the style of cause.

LE JUGE STRAYER:

Redressement demandé

<sup>a</sup> Les demandeurs sont tous membres de la bande indienne de Batchewana. Le demandeur Corbiere réside sur la réserve 15D de Rankin, qui appartient à la bande de Batchewana. Les autres demandeurs résident à l'extérieur de la réserve. Dans leur déclaration, ils demandent à la Cour de rendre un jugement déclaratoire portant que, [TRADUCTION] «eu égard aux circonstances de l'espèce», certains articles de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5], du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* [C.R.C., ch. 952] et de certains règlements administratifs de la bande indienne de Batchewana contreviennent à l'article 15, à l'alinéa 2d) et à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]; ils demandent également à la Cour de déclarer que ces dispositions, qui portent qu'un membre de la bande doit résider ordinairement sur la réserve pour être habile à voter aux élections de la bande, ne s'appliquent pas aux élections tenues sous le régime de la *Loi sur les Indiens* au sein de la bande indienne de Batchewana; <sup>f</sup> ils lui demandent de prononcer des ordonnances ayant pour effet d'accorder ou de rétablir le droit de vote à tous les membres adultes de la bande, résidents ou non; ils concluent enfin à une ordonnance annulant le résultat de toute élection tenue après le dépôt de la déclaration, le 19 novembre 1990, le tout avec dépens.

<sup>h</sup> Au cours des débats, l'avocat des demandeurs a abandonné le moyen fondé sur l'article 7 de la Charte et il a également retiré la demande d'ordonnance visant l'annulation de la dernière élection tenue, si je ne m'abuse, en décembre 1990.

<sup>i</sup> Les faits

<sup>j</sup> La défenderesse, la bande indienne de Batchewana, n'a pas pris part à l'instruction de la présente action. Le renvoi aux «défendeurs» sera donc un renvoi à Sa Majesté la Reine et aux deux ministres nommés en intitulé.

Before going into the facts I would note that at the beginning of the trial counsel for the plaintiffs drew to the attention of the Court the fact that the plaintiffs had not served notices of a constitutional issue on the Attorney General of each province, as is required by subsection 57(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)] which had only recently come to his attention. That section requires such notice to be served at least ten days before the date on which a constitutional question is to be argued. I directed on May 17, 1993, the first day of the trial, that he serve such notice on each of the provincial attorneys general with the indication that any such attorney general wishing to participate should so advise the Court by June 1, 1993 in which case such attorney general would be provided with a transcript of the evidence and argument at trial and would have an opportunity to present argument and evidence to the Court with, of course, the participation of the parties. In my view this met the requirements of section 57 that an Act or regulation "shall not be adjudged to be invalid" until such notice has been given. Such notice was given and no provincial attorney general has indicated any interest in participating in this matter so I can now proceed to judgment.

Notwithstanding the detail in the statement of claim as to past examples of members of the Band not resident on the reserve being allowed to vote even after the *Indian Act* precluded this, counsel clarified that he was not suggesting that some form of estoppel entitled such members to vote now.

Counsel for the defendants contended that since in paragraph 6 of the statement of claim the plaintiffs state that they bring the action,

... on behalf of all members of the Batchewana Band of Indians who do not ordinarily reside on any reservation set aside for the Batchewana Indian Band

the plaintiffs must prove that they have the support of all such persons. It was clearly not so proven in this case. Counsel for the defendants did not produce jurisprudence in support of his proposition and I am not satisfied without more that such is the law. I have

Avant d'analyser les faits, soulignons qu'à l'ouverture de l'instruction, l'avocat des demandeurs a attiré l'attention de la Cour sur le fait que ceux-ci n'avaient pas fait signifier au procureur général de chaque province l'avis de débat d'une question constitutionnelle requis par le paragraphe 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)], disposition dont il n'avait pris connaissance que récemment. Ce paragraphe exige en effet la signification d'un tel avis au moins dix jours avant la date à laquelle une question constitutionnelle doit être débattue. Le 17 mai 1993, soit le premier jour du procès, j'ai demandé à l'avocat de signifier à chacun des procureurs généraux des provinces un avis les priant d'aviser la Cour avant le 1<sup>er</sup> juin 1993 de leur intention de participer au débat. Le cas échéant, ils recevraient une transcription de la preuve et des débats et auraient l'occasion de présenter leur argumentation et leur preuve à la Cour, avec le concours, naturellement, des parties. À mon avis, cela satisfaisait aux exigences de l'article 57, lequel porte que les lois ou les règlements «ne peuvent être déclarés invalides» jusqu'à ce qu'avis ait ainsi été donné. L'avis ayant été donné et aucun procureur général n'ayant manifesté d'intérêt à l'égard de la présente espèce, je puis donc dès lors procéder au jugement.

Malgré les exemples que contient la déclaration quant à certains membres de la bande qui, ne résidant pas sur la réserve, ont dans le passé été autorisés à voter même après l'interdiction décrétée par la *Loi sur les Indiens*, l'avocat a expliqué qu'il ne cherchait pas ainsi à prétendre que leur droit de vote découlait aujourd'hui d'une certaine fin de non-recevoir.

L'avocat des défendeurs a soutenu qu'étant donné qu'au paragraphe 6 de la déclaration les demandeurs disent intenter l'action,

[TRADUCTION] ... au nom de tous les membres de la bande indienne de Batchewana qui ne résident pas ordinairement sur l'une des réserves mises de côté pour la bande,

les demandeurs doivent prouver qu'ils ont l'appui de toutes ces personnes. Cette preuve n'a manifestement pas été établie en l'espèce. L'avocat des défendeurs n'ayant pas cité de jurisprudence à l'appui de sa prétention, je ne suis pas convaincu, faute d'autre

held elsewhere<sup>1</sup> that named plaintiffs may bring a class action on behalf of a category of fellow Indian band members for constitutional determinations involving communal rights, even where some members of the class expressly oppose the action. In any event, the plaintiffs in the same paragraph of the statement of claim state that they bring the action on their own behalf as well. I am satisfied, having regard to the relaxed requirements for standing to bring actions for declarations in constitutional and other public law cases,<sup>2</sup> that the plaintiffs would in any event suing in their own capacity have standing to seek the declarations herein. With respect to the plaintiff John Corbiere, who does have the right to vote in Batchewana Band elections, his standing has already been adjudicated upon by Joyal J. on February 18, 1991 [[1992] 2 C.N.L.R. 31] and that decision was not appealed.

There was extensive evidence submitted, particularly through the agreed statement of facts, as to the history of this Band, its reserve lands, its voting practices, and the distribution of its membership as between those who reside on and off the reserves of the Band. Following is a summary of such facts as appear to me to be pertinent.

History of the Batchewana Band:  
Lands, Population, and Voting Practices

A salient fact is that for much of its post-treaty history, this Band did not have a land base upon which many of its members could live. The area traditionally used by this Band lies on the east shore of Lake Superior north of the present city of Sault Ste-Marie. In 1850 the Band entered into the Robinson-Huron

<sup>1</sup> *Twinn v. Canada*, [1987] 2 F.C. 450 (T.D.). See also *Montana Band of Indians v. Canada*, [1991] 2 F.C. 30, where the Federal Court of Appeal refused to strike out a statement of claim on behalf of all members of certain bands seeking constitutional declarations of aboriginal rights. Admittedly in that case standing was not raised as an issue.

<sup>2</sup> See e.g. *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

source, que tel soit le droit. J'ai décidé dans un autre arrêt<sup>1</sup> que les demandeurs nommés peuvent intenter une action collective au nom d'une catégorie de membres d'une bande indienne pour faire trancher des questions constitutionnelles, dont celle des droits communs, même lorsque certains membres de la catégorie s'opposent expressément à l'action. Quoi qu'il en soit, les demandeurs disent, dans le même paragraphe de leur déclaration, intenter également l'action en leur nom personnel. Vu les exigences souples entourant la qualité pour intenter des actions déclaratoires en matière constitutionnelle et de droit public en général<sup>2</sup>, je suis persuadé que les demandeurs auraient, à titre personnel, qualité pour demander les déclarations visées en l'espèce. En ce qui concerne le demandeur John Corbiere, qui a quant à lui droit de vote aux élections de la bande indienne de Batchewana, sa qualité pour agir a déjà fait l'objet d'une décision du juge Joyal, en date du 18 février 1991 [[1992] 2 C.N.L.R. 31], décision qui n'a pas été portée en appel.

Une preuve détaillée a été soumise, en particulier dans l'exposé conjoint des faits, quant à l'histoire de la bande, ses terres de réserve, son processus électoral et la répartition de ses membres entre ceux qui résident sur les réserves et ceux qui n'y résident pas. Voici un résumé des faits qui m'apparaissent pertinents.

Histoire de la bande indienne de Batchewana:  
Terres, population et processus électoral

L'un des traits marquants de l'histoire de cette bande est que, pour la majeure partie de la période postérieure aux traités, celle-ci n'a pas eu de territoire sur lequel ses membres pouvaient habiter en grand nombre. Traditionnellement, elle occupait une région située sur la rive est du Lac Supérieur, au nord de la

<sup>1</sup> *Twinn c. Canada*, [1987] 2 C.F. 450 (1<sup>re</sup> inst.). Voir également *Bande indienne de Montana c. Canada*, [1991] 2 C.F. 30, où la Cour d'appel fédérale a refusé de radier une déclaration faite au nom de tous les membres de certaines bandes et visant à obtenir des jugements déclaratoires quant à l'inscription dans la Constitution de certains droits autochtones. La question de la qualité pour agir n'a manifestement pas été soulevée en l'espèce.

<sup>2</sup> Voir à titre d'exemples *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

Treaty with Her Majesty in which it surrendered most of this land in return in part for a reserve of 246 square miles. In 1859 the Band, by the Pennefather Treaty surrendered all of this reserve except Whitefish Island, a small island in the St. Mary's River at Sault Ste-Marie. For the next twenty years the Band's only land base was Whitefish Island. Starting in 1879 some small reserves were purchased for the Band but these did not attract major settlement. Until 1952 a number of members of the Band lived on the Garden River Reserve which did not belong to this Band, such use of the Garden River Reserve having been arranged pursuant to the Pennefather Treaty. Finally in 1952 a substantial reserve of 3,763.9 acres was established for the Band at Rankin Location immediately adjacent to Sault Ste-Marie. Since 1952 this reserve has been developed by the Band and apparently is the place where the most Band members live on any reserve. A further small reserve was established for the Band in 1962 at Batchewana Bay.

For much of the time since 1850, a majority of the members of the Band have not lived on reserves of that Band. In 1953, one year after the establishment of its Rankin Reserve, only 34% of the Band lived on the Band's reserves.<sup>3</sup> Due largely to an ambitious housing programme on Rankin Reserve, by 1980 the situation had reversed with some 66.5% of the Band living on reserves of the Band. In 1985 this figure had increased to nearly 69%. Thereafter the position was quickly reversed due to a rapid increase in the membership of the Band, with most of the new members living off the reserve.<sup>4</sup> It is not in dispute that this rapid increase in membership came about as a result of the amendments to the *Indian Act* in 1985<sup>5</sup> (Bill C-31) which restored eligibility for membership in Indian bands of many Indians who had previously lost their Indian status. Statistics provided by the defendants show that, in the period 1985-1989, of the total growth of 678 in Band membership, 574 were brought in by virtue of Bill C-31.<sup>6</sup> Most of the Indians restored to Band membership pursuant to this legislation were women, and the children of such

ville actuelle de Sault Ste-Marie. En 1850, la bande a conclu avec Sa Majesté le Traité Robinson-Huron par lequel elle cédaît la majeure partie de cette terre en échange, notamment, d'une réserve de 246 milles carrés. En 1859, par le Traité Pennefather, elle cédaît la totalité de cette réserve à l'exception de la petite île Whitefish de la rivière St. Mary, à Sault Ste-Marie. Pendant les vingt années qui ont suivi, la bande avait pour seul territoire l'île Whitefish. À partir de 1879, de petites réserves ont été achetées pour la bande mais celles-ci n'ont pas attiré d'établissement majeur. Jusqu'à 1952, un certain nombre de membres de la bande vivaient sur la réserve de Garden River, laquelle n'appartenait pas à la bande mais dont elle pouvait faire usage en vertu du Traité Pennefather. Enfin en 1952, une réserve importante de 3 763,9 acres a été établie pour elle à Rankin Location, tout près de Sault Ste-Marie. Depuis cette date, la réserve s'est développée et c'est apparemment l'endroit où l'on retrouve le plus grand nombre de membres de la bande. Une autre petite réserve a été établie en 1962 à la baie de Batchewana.

Pendant la majeure partie de la période écoulée depuis 1850, la majorité des membres de la bande n'ont pas vécu sur des réserves de cette bande. En 1953, soit un an après l'établissement de la réserve de Rankin, seulement 34 % des membres vivaient sur des réserves de la bande<sup>3</sup>. En raison largement d'un ambitieux programme de logement dans la réserve de Rankin, la situation s'était inversée en 1980: 66,5 % des membres habitaient alors sur des réserves de la bande. En 1985, cette proportion avait atteint près de 69 %. Par la suite toutefois, la situation s'est à nouveau inversée du fait d'une augmentation rapide du nombre de membres, la plupart des nouveaux venus résidant à l'extérieur de la réserve<sup>4</sup>. Cette augmentation rapide, cela n'est pas contesté, résulte des modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens*<sup>5</sup> (projet de loi C-31), lesquelles ont rétabli l'admissibilité au sein des bandes de nombreux Indiens qui avaient antérieurement perdu leur statut. Selon les statistiques fournies par les défendeurs, sur les 678 nouveaux membres enregistrés entre 1985 et 1989, 574 l'ont été en raison du projet de loi C-31<sup>6</sup>. La plu-

<sup>3</sup> Agreed statement of facts, para. 33.

<sup>4</sup> Exhibit D-11, as amended at trial.

<sup>5</sup> S.C. 1985, c. 27 [*An Act to amend the Indian Act*].

<sup>6</sup> Exhibit D-16, at p. 3 and Table 2-2.

<sup>3</sup> Exposé conjoint des faits, par. 33.

<sup>4</sup> Pièce D-11, telle que modifiée à l'instruction.

<sup>5</sup> S.C. 1985, ch. 27 [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*].

<sup>6</sup> Pièce D-16, à la p. 3 et tableau 2-2.

women, who had lost their status through marriage to non-Indians. There were also some who recovered their status which had been lost because they or their parents had become "enfranchised" voluntarily. One of the present plaintiffs, Frank Nolan, recovered his Indian status which had been lost by his father having been enfranchised in 1928. The result of this rapid increase in the membership of the Band was that, although in 1985 some 69% of the Band lived on Band reserves, by 1991 that situation was almost exactly reversed with some 68% living off the reserve. During this period the total Band membership grew from 543 to 1,426.

It is obvious that most of those members residing off Band reserves who want to live on a reserve cannot expect to do so very soon. For most, subsidies are required, coming from government funding whose recipients are chosen by, or under the control of, the Band Council. From 1952 when the Band obtained Rankin Reserve and thus a sound land base, until 1985 when Bill C-31 was adopted, membership living on the Band's reserves had with a fairly vigorous housing programme gone to 386. Between 1985 and 1991 the on-reserve population grew by only 68, whereas the off-reserve population grew by 730 (an average of over 121 per year). Evidence of the subsidized reserve housing programme for 1992<sup>7</sup> indicates 21 units under construction, of which 16 were for non-residents of the reserve. At this rate it will be many years before those members who want to live on the reserve will be able to do so, if ever. Two of the named non-resident plaintiffs in the present case testified and neither said clearly that he or she wanted to live on the reserve. Two other non-resident Band members testified they would like to live on the reserve but were in effect unable to do so because of housing funds not being available, either from the Band subsidy programme or their own resources. I think it is legitimate to infer that many of the non-resident members on whose behalf this action is brought face similar problems and will have no practical access to housing on the reserve for a long time.

<sup>7</sup> Exhibit 250, Schedule F; and evidence of Chief Vernon Syrette.

part des Indiens ayant ainsi recouvré leur appartenance à une bande étaient des femmes et leurs enfants ayant perdu leur statut à cause de leur mariage avec des non-Indiens. Certains également ont recouvré le statut qu'ils avaient perdu du fait qu'eux-mêmes ou leurs parents s'étaient volontairement «émancipés». Ainsi, l'un des demandeurs en l'espèce, Frank Nolan, a recouvré le statut d'Indien que son père avait perdu en s'émancipant en 1928. Cette croissance rapide du nombre de membres de la bande a eu le résultat suivant: bien qu'en 1985 environ 69 % des membres vivaient sur des réserves de la bande, la situation était presque exactement l'inverse en 1991, avec 68 % des membres habitant à l'extérieur des réserves. Pendant cette période, le nombre total de membres de la bande est passé de 543 à 1 426.

Il est évident que la majorité des membres résidant à l'extérieur des réserves de la bande et qui voudraient y habiter ne peuvent espérer réaliser leur projet à court terme. Dans la plupart des cas il leur faudrait des subventions gouvernementales, lesquelles sont accordées à ceux qui sont choisis par le conseil de bande ou sous son contrôle. De 1952, année où la bande a obtenu la réserve de Rankin et partant, une assise territoriale importante, jusqu'à 1985, année de l'adoption du projet de loi C-31, l'implantation d'un programme de logement assez vigoureux avait porté à 386 le nombre de membres vivant dans des réserves de la bande. Entre 1985 et 1991, la population des réserves s'est accrue de seulement 68 personnes, alors que la population à l'extérieur des réserves a augmenté de 730 personnes (soit une moyenne annuelle de plus de 121 personnes). Selon le programme de logements subventionnés sur les réserves présenté en preuve pour l'année 1992<sup>7</sup>, 21 unités étaient en construction, dont 16 étaient destinées à des non-résidents. À ce rythme, il faudra plusieurs années avant que les membres qui veulent vivre sur la réserve soient en mesure de le faire, si tant est qu'ils le puissent un jour. Deux des demandeurs non-résidents nommés dans la présente instance ont témoigné, et ni l'un ni l'autre n'ont indiqué clairement leur intention de vivre dans la réserve. Deux autres membres non-résidents ont déclaré qu'ils aimeraient vivre dans la réserve mais qu'ils étaient

<sup>7</sup> Pièce 250, annexe F; témoignage du chef Vernon Syrette.

Elections for the Batchewana Band Council have, since 1899, been governed by the *Indian Act*. At that time the *Indian Act* did not require that Band members be resident on a band reserve in order to vote for the band council and it is not in dispute that for several decades non-residents freely voted. In 1951 the *Indian Act* was amended<sup>8</sup> to require that band members to vote in band elections had to be “ordinarily resident on the reserve”. An order in council of that year listed the Batchewana Band as one of the bands whose elections were to be in accordance with the *Indian Act*.<sup>9</sup> Thereafter there seems to have been some looseness in applying the residence requirement, this being deduced from the fact that the Department of Indian Affairs approved of polls being set up off the reserve for band elections. It is clear, however, that by 1962 the Department took the firm position that members of the Band ordinarily resident off the reserve were not entitled to vote. This position was taken even with respect to members of the band residing on a reserve, namely the Garden River Reserve (where some members of the Batchewana Band had been accommodated ever since the Pennefather Treaty) because such members were not resident on a reserve of the Batchewana Band. The evidence indicated that there had been some protests about this situation, including a petition signed by approximately 135 Band members in 1988 requesting the Department to “restore” to non-resident members their rights to vote in Band elections. The Department rejected this petition on the basis of the requirements of present section 77 of the *Indian Act* that they be ordinarily resident on a band reserve, and denied that there was any “traditional right” for off-reserve band members to vote at band elections. An “appeal” from the 1988 election (presumably a request that the Governor in Council set aside that election) brought by two of the present plaintiffs (Charlotte Syrette and

<sup>8</sup> S.C. 1951, c. 29, s. 76; now s. 77 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14).

<sup>9</sup> SOR/51-529.

dans l’incapacité de le faire faute de ressources personnelles ou de subventions de la bande. On peut légitimement en déduire, à mon avis, que les membres non-résidents au nom desquels la présente action est intentée sont nombreux à faire face à ces problèmes et qu’à toutes fins utiles ils n’auront pas accès avant longtemps à un logement dans la réserve.

Depuis 1899, les élections au sein du conseil de la bande de Batchewana se tiennent en conformité avec la *Loi sur les Indiens*. À cette époque, la Loi n’exigeait pas que les membres résident sur une réserve pour avoir droit d’élire le conseil de la bande et, a-t-on admis, les non-résidents ont, pendant plusieurs décennies, pu voter librement. En 1951, la *Loi sur les Indiens* a été modifiée<sup>8</sup> de façon à exiger que les membres de la bande «résident ordinairement sur la réserve» pour avoir droit de vote. Dans un décret pris cette même année, la bande de Batchewana était désignée comme l’une de celles où les élections devaient se tenir conformément à la *Loi sur les Indiens*<sup>9</sup>. Il semble y avoir eu par la suite un certain laxisme dans l’application de cette exigence, comme le démontre le fait que le ministère des Affaires indiennes permettait l’établissement de bureaux de scrutin à l’extérieur de la réserve. Il est clair, toutefois, qu’à partir de 1962 le Ministère a adopté une position ferme, à savoir que les membres de la bande résidant ordinairement à l’extérieur de la réserve n’avaient pas droit de vote. Cette position visait même les membres de la bande résidant sur une réserve, soit la réserve de Garden River (où certains membres de la bande de Batchewana avaient été logés depuis le Traité Pennefather), parce que ceux-ci ne résidaient pas sur une réserve de la bande de Batchewana. La preuve indique que cette situation a suscité quelques protestations, dont une pétition qu’ont signée environ 135 membres de la bande en 1988 pour demander au Ministère de «rétablir» le droit de vote des non-résidents. Le Ministère a rejeté la pétition en se fondant sur les exigences de l’actuel article 77 de la *Loi sur les Indiens* quant à la résidence ordinaire sur une réserve de la bande, et il a nié tout «droit traditionnel» des membres résidant à l’extérieur de la réserve de voter pour élire le conseil de bande. Pour des raisons analogues, le Ministère a rejeté un «appel»

<sup>8</sup> S.C. 1951, ch. 29, art. 76; actuel art. 77 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 14).

<sup>9</sup> DORS/51-529.

Claire Robinson) was rejected by the Department for similar reasons. This action was brought prior to the election held on December 10, 1990, where the residence requirements were again applied in accordance with section 77 of the *Indian Act*.

It should also be noted before leaving the history of election practices that the plaintiffs and others have advocated that an order in council should be passed deleting the Batchewana Band from the relevant order in council as one of those bands whose elections are to be governed by the *Indian Act*.<sup>10</sup> Those who advocate this change are apparently of the view that as the effect would be to have band elections governed by the custom of the band, such custom would permit voting by band members not resident on a band reserve. The Department of Indian and Northern Affairs has adopted a policy, whose contents are not in dispute,<sup>11</sup> which in effect means that the Minister would not make such an order unless those who now have the right to vote so decide. A request for such a change must be supported, *inter alia*, by a resolution of the band council which is of course elected exclusively by those resident on the reserve. Such a change must also be supported by the band membership and the council can choose to have such support determined in a plebiscite or public meeting where only the "electors" can vote. As will be demonstrated below, an "elector" is by definition a person ordinarily resident on the reserve. Thus those very people now disqualified from voting because elections are conducted under the *Indian Act* would not have a voice in requesting a reversion to elections conducted by custom nor, would it appear, in defining that custom.

<sup>10</sup> By s. 74(1) the Minister may declare by order that the elections of particular bands are to be held in accordance with the Act. Such a declaration can also be repealed. When this is done by the definition of "council of the band" *infra* note 12, s. 2, the council must be elected pursuant to band custom.

<sup>11</sup> Set out in Exhibit D-7.

interjeté contre l'élection de 1988 (vraisemblablement une requête au gouverneur en conseil demandant l'annulation du scrutin) par deux des demandeurs actuels (Charlotte Syrette et Claire Robinson).

<sup>a</sup> La présente instance a été instituée avant l'élection tenue le 10 décembre 1990, élection pour laquelle l'exigence de la résidence a de nouveau été appliquée suivant l'article 77 de la *Loi sur les Indiens*.

<sup>b</sup> Il importe de souligner, avant de terminer cet historique du processus électoral, que les demandeurs ont, à l'instar d'autres personnes, préconisé la prise d'un décret afin que soit rayé le nom de la bande de Batchewana de la liste des bandes dont les élections doivent, en vertu du décret applicable, être tenues selon la *Loi sur les Indiens*<sup>10</sup>. Les partisans de ce changement sont apparemment d'avis que puisqu'il en résulterait l'application de la coutume, celle-ci permettrait aux membres non-résidents de voter à l'élection du conseil de bande. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord a adopté une politique, dont la teneur n'est pas contestée<sup>11</sup>, selon laquelle le ministre ne prendra un tel décret que si ceux qui, à l'heure actuelle, ont le droit de vote en décident ainsi. Une demande en ce sens doit être appuyée, entre autres, par une résolution du conseil de bande, lequel est évidemment élu exclusivement par les résidents de la réserve. Ce changement doit également recevoir l'appui des membres de la bande, que le conseil peut choisir de rechercher par l'entremise d'un plébiscite ou d'une réunion publique à l'occasion desquels seuls les «électeurs» peuvent voter. Comme nous le verrons plus loin, un «électeur» est, par définition, celui qui réside ordinairement sur la réserve. Ainsi, ceux qui sont aujourd'hui inhabiles à voter parce que les élections sont tenues sous le régime de la *Loi sur les Indiens* ne pourraient faire entendre leur voix pour demander le retour à la coutume ou même, semble-t-il, définir cette coutume.

<sup>i</sup>

<sup>10</sup> Aux termes de l'art. 74(1), le ministre peut déclarer par arrêté que les élections au sein d'une bande en particulier seront tenues selon la Loi. Cette déclaration peut également être abrogée. Lorsque l'abrogation se fait en modifiant la définition du terme «conseil de la bande», *infra*, note 12, art. 2, le conseil est alors élu conformément à la coutume de la bande.

<sup>11</sup> Pièce D-7.

Relevant provisions of the *Indian Act*

Subsection 2(1) of the *Indian Act*<sup>12</sup> provides the following definitions:

2. (1) . . .
- “band” means a body of Indians
- . . . .
- (a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,
- (b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or
- (c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;
- . . . .
- “council of the band” means
- (a) in the case of a band to which section 74 applies, the council established pursuant to that section,
- (b) in the case of a band to which section 74 does not apply, the council chosen according to the custom of the band, or, where there is no council, the chief of the band chosen according to the custom of the band;
- . . . .
- “elector” means a person who
- (a) is registered on a Band List,
- (b) is of the full age of eighteen years, and
- (c) is not disqualified from voting at band elections;
- . . . .
- “Indian moneys” means all moneys collected, received or held by Her Majesty for the use and benefit of Indians or bands;
- . . . .
- “member of a band” means a person whose name appears on a Band List or who is entitled to have his name appear on a Band List;
- . . . .
- “reserve”
- (a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band, and
- (b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 and 60 and the regulations made

Dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*

Les définitions suivantes figurent au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*<sup>12</sup>:

- a 2. (1) . . .
- «argent des Indiens» Les sommes d'argent perçues, reçues ou détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des Indiens ou des bandes.
- . . . .
- b «bande» Groupe d'Indiens, selon le cas:
- a) à l'usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;
- b) à l'usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d'argent;
- c que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l'application de la présente loi.
- . . . .
- «conseil de la bande»
- d a) Dans le cas d'une bande à laquelle s'applique l'article 74, le conseil constitué conformément à cet article;
- b) dans le cas d'une bande à laquelle l'article 74 n'est pas applicable, le conseil choisi selon la coutume de la bande ou, en l'absence d'un conseil, le chef de la bande choisi selon la coutume de celle-ci.
- e
- . . . .
- «électeur» Personne qui remplit les conditions suivantes:
- a) être inscrit sur une liste de bande;
- b) avoir dix-huit ans;
- f c) ne pas avoir perdu son droit de vote aux élections de la bande.
- . . . .
- «membre d'une bande» Personne dont le nom apparaît sur une liste de bande ou qui a droit à ce que son nom y figure.
- . . . .
- «réserve» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l'application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime. [Je souligne.]
- h
- . . . .
- i

<sup>12</sup> R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1; (4th Supp.), c. 17, s. 1].

<sup>12</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 1; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1].



under any of those provisions, includes designated lands.  
[Emphasis added.]

From this it will be noted that there are no residence requirements as to membership in a band. Each member of a band, including the plaintiffs, forms part of the “body of Indians” for whose use and benefit the Crown holds land and moneys. There is no dispute that all the plaintiffs are such members, as are many other non-residents of this Band’s reserves similarly situated to the three non-resident plaintiffs.

By subsection 4(3) of the *Indian Act* certain sections are said not to apply to any Indian who does not ordinarily reside on a reserve. By implication it would appear that all other provisions of the Act potentially apply to band members not resident on a reserve. Subsection 18(1) provides as follows:

**18. (1)** Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band. [Emphasis added.]

Thus, the reserves in question here are held by Her Majesty for the use and benefit of the Batchewana Band which by virtue of the foregoing definitions includes all of its members whether resident on the reserve or not.

Subsection 20(1) provides as follows:

**20. (1)** No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

This means that no member of a band can be lawfully in possession of land on the reserve unless it is allotted to him by the council of the band which is of course elected by those already resident on the reserve. This provides a means of control of entry to voting rights: by for example refusing the head of a household the right to possession of a piece of land for establishing a home on the reserve, the council can exclude that person and his family from the vote.

Soulignons que ces dispositions n’assujettissent l’appartenance à une bande à aucune exigence relative à la résidence. Chaque membre d’une bande, y compris les demandeurs, fait partie d’un «groupe d’Indiens» à l’usage et au profit desquels Sa Majesté détient des terres et des sommes d’argent. Il est admis que tous les demandeurs ont cette qualité de membres, tout comme de nombreux autres non-résidents des réserves de la bande dont la situation est identique à celle des trois demandeurs non-résidents.

En vertu du paragraphe 4(3) de la *Loi sur les Indiens*, certains articles ne s’appliquent à aucun Indien ne résidant pas ordinairement dans une réserve. Implicitement, il semblerait que toutes les autres dispositions de la Loi sont potentiellement applicables aux membres de la bande ne résidant pas dans une réserve. Le paragraphe 18(1) porte:

**18. (1)** Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l’usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l’usage et au profit de la bande. [Je souligne.]

Ainsi, les réserves en cause en l’espèce sont détenues par Sa Majesté à l’usage et au profit de la bande de Batchewana, laquelle, en vertu des définitions précitées, comprend tous les membres qu’ils résident ou non dans la réserve.

Le paragraphe 20(1) dispose ainsi:

**20. (1)** Un Indien n’est légalement en possession d’une terre dans une réserve que si, avec l’approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

Cela signifie qu’aucun membre de la bande ne peut être légalement en possession d’une terre dans la réserve que si la possession lui en a été accordée par le conseil de la bande, lequel est naturellement élu par ceux qui résident déjà dans la réserve. Le conseil dispose ainsi d’un moyen de contrôler le droit de vote: en refusant, par exemple, au chef d’un ménage la possession d’une parcelle de terrain sur la réserve pour y établir son foyer, le conseil peut exclure cette personne et sa famille du vote.

Subsection 39(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 3] of the Act provides that reserve lands may not be surrendered to Her Majesty (which would normally happen in the process of lands being leased or sold by the Crown to others) unless such surrender (and thus the terms of disposition) are approved by “a majority of the electors” of the band at a meeting or in a referendum. It has been noted above in the definition in subsection 2(1) that an “elector” is a person “not disqualified from voting at band elections”. As will be seen below, by subsection 77(1) a person not ordinarily resident on the reserve is disqualified from voting in band elections. Therefore the “electors” who can approve a disposition of reserve lands do not include those members of the band living off the reserve even though the land is held for the use and benefit of all members of the band. An example of the effect of this restriction can be seen in the present case. In 1992 a referendum was held, presumably under subparagraph 39(1)(b)(iii) of the Act, to seek approval of a settlement reached between Her Majesty and the Batchewana Band concerning the disposal of Whitefish Island. This involved a payment of some \$3.4 million to the Band. The plaintiff Frank Nolan tried to vote in that referendum which involved property common to the Band, but was refused the vote because he was not a resident on the reserves of the Band.

The following provisions of the Act are found under the heading “Management of Indian Moneys” (“Indian moneys” being defined in subsection 2(1) as quoted above):

61. (1) Indian moneys shall be expended only for the benefit of the Indians or bands for whose use and benefit in common the moneys are received or held, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

62. All Indian moneys derived from the sale of surrendered lands or the sale of capital assets of a band shall be deemed to be capital moneys of the band and all Indian moneys other than capital moneys shall be deemed to be revenue moneys of the band.

Aux termes du paragraphe 39(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 3] de la Loi, des terres de réserve ne peuvent être cédées à Sa Majesté (ce qui se produirait normalement en cas de location ou de vente de terres par la Couronne à des tiers) à moins que cette cession (et donc les conditions dont elle est assortie) soit approuvée par «une majorité des électeurs» de la bande à une assemblée ou par référendum. On a souligné précédemment que, selon la définition du paragraphe 2(1), il faut pour être «électeur» «ne pas avoir perdu son droit de vote aux élections de la bande». Comme nous le verrons plus loin, une personne qui ne réside pas ordinairement sur la réserve est, en vertu du paragraphe 77(1), inhabile à voter aux élections de la bande. Par conséquent, les «électeurs» pouvant approuver l’aliénation des terres de réserve ne comprennent pas les membres de la bande vivant à l’extérieur de la réserve, même si les terres sont détenues à l’usage et au profit de tous les membres de la bande. On peut voir, en l’espèce, un effet de cette restriction. En 1992, un référendum a été tenu, vraisemblablement en vertu du sous-alinéa 39(1)(b)(iii) de la Loi, en vue d’obtenir l’approbation d’un règlement conclu entre Sa Majesté et la bande de Batchewana concernant l’aliénation de l’île Whitefish, moyennant le versement à la bande d’une somme de 3,4 millions de dollars. Le demandeur Frank Nolan a tenté de voter à ce référendum qui portait sur un bien commun à la bande, mais on lui a refusé ce droit parce qu’il ne résidait pas sur l’une des réserves de la bande.

Les dispositions suivantes de la Loi figurent sous le titre «Administration de l’argent des Indiens» (le terme «argent des Indiens» étant défini au paragraphe 2(1) précité):

61. (1) L’argent des Indiens ne peut être dépensé qu’au bénéfice des Indiens ou des bandes à l’usage et au profit communs desquels il est reçu ou détenu, et, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des clauses de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l’argent des Indiens est employé ou doit l’être, est à l’usage et au profit de la bande.

62. L’argent des Indiens qui provient de la vente de terres cédées ou de biens de capital d’une bande est réputé appartenir au compte en capital de la bande; les autres sommes d’argent des Indiens sont réputées appartenir au compte de revenu de la bande.

64. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band

(a) to distribute per capita to the members of the band an amount not exceeding fifty per cent of the capital moneys of the band derived from the sale of surrendered lands;

(j) to construct houses for members of the band, to make loans to members of the band for building purposes with or without security and to provide for the guarantee of loans made to members of the band for building purposes. [Emphasis added.]

The net result of these provisions would appear to be that moneys held by the Crown on behalf of Indian bands is held for the "use and benefit in common" of those bands. Those designated "capital moneys" come from the sale of assets such as surrendered lands. The Minister may authorize the expenditure of such capital moneys for a variety of purposes more or less directly related to the reserve of the band. However, some such expenditures could directly affect non-members such as the distribution per capita to members of the band of capital moneys under paragraph 64(1)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10] and the expenditure of money for the construction of houses for members of the band (no matter where previously resident) pursuant to paragraph 64(1)(j). It will be noted that such expenditures of capital moneys cannot be made by the Minister without the consent of the band council, which is of course elected only by those band members living on band reserves in the case of the Batchewana Band. With respect to revenue moneys the following provisions apply:

66. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of revenue moneys for any purpose that in the opinion of the Minister will promote the general progress and welfare of the band or any member of the band.

This provision means that with the consent of the council the Minister can authorize the use of revenue moneys for any purpose the Minister thinks will be for the benefit of the band or any member of the band. As an example of how this provision works, the Batchewana Band Council decided that \$100,000

64. (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et prescrire la dépense de sommes d'argent au compte en capital de la bande:

a) pour distribuer *per capita* aux membres de la bande un montant maximal de cinquante pour cent des sommes d'argent au compte en capital de la bande, provenant de la vente de terres cédées;

j) pour construire des maisons destinées aux membres de la bande, pour consentir des prêts aux membres de la bande aux fins de construction, avec ou sans garantie, et pour prévoir la garantie des prêts consentis aux membres de la bande en vue de la construction. [Je souligne.]

Le résultat net de ces dispositions semble être que les sommes d'argent détenues par la Couronne pour le compte des bandes indiennes le sont «à l'usage et au profit communs» de celles-ci. Les sommes qui sont dites appartenir au «compte en capital» proviennent de la vente de biens, telles les terres cédées. Le ministre peut autoriser la dépense de ces sommes d'argent au compte en capital à diverses fins plus ou moins directement reliées à la réserve de la bande. Toutefois, certaines de ces dépenses sont susceptibles de toucher directement des non-résidents, telles la distribution *per capita* aux membres de la bande, en vertu de l'alinéa 64(1)a [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10], de sommes d'argent portées au compte en capital, ainsi que la dépense de sommes d'argent pour la construction de maisons destinées aux membres de la bande (indépendamment de leur lieu antérieur de résidence) en vertu de l'alinéa 64(1)j). Soulignons que ces dépenses de capital ne peuvent être faites par le ministre sans le consentement du conseil de bande, lequel est bien sûr en l'espèce élu uniquement par les membres vivant sur les réserves de la bande de Batchewana. La disposition suivante s'applique aux sommes d'argent du compte de revenu:

66. (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et ordonner la dépense de sommes d'argent du compte de revenu à toute fin qui, d'après lui, favorisera le progrès général et le bien-être de la bande ou d'un de ses membres.

Cette disposition signifie qu'avec le consentement du conseil le ministre peut autoriser l'utilisation de sommes d'argent du compte de revenu à toute fin qu'il estimera être à l'avantage de la bande ou d'un de ces membres. Voici un exemple: le conseil de la bande de Batchewana a décidé d'investir dans une

from the Band's revenue account should be invested in a company, Thermal Dynamics Corporation. The Minister apparently approved. The Minister also recently received a request for the use of some or all of the \$3.4 million placed in the revenue account from the Whitefish Island settlement. (It was not explained to me why these funds were put in the revenue account.) As the Band Council had not provided an adequate explanation for the intended expenditure, the Minister refused to authorize it. With an adequate explanation presumably he would have done so, even though the majority of Band members being non-resident would have had no input, directly or indirectly, into the Band Council's request.

It should be noted here that according to the evidence of a departmental officer there are very substantial sums held by bands in their own bank accounts over which the Minister has no control. These funds come from governmental grants both federal and provincial, and from revenues raised by the band through fees, etc. Such funds are for the most part (one possible exception being bursaries for band members for post-secondary education) used for services on reserves and for the benefit of those residing on reserves. It appears to me that they do not fall within the definition of "Indian moneys" in subsection 2(1) quoted above because they are not held by Her Majesty and thus do not fall within the regime of sections 61 to 69 [s. 64.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 11), s. 68 (as am. *idem*, s. 13)] of the Act.

With respect to voting rights subsection 77(1) contains the key provision under attack in this action.

77. (1) A member of a band who has attained the age of eighteen years and is ordinarily resident on the reserve is qualified to vote for a person nominated to be chief of the band and, where the reserve for voting purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors. [Emphasis added.]

The powers of the Band Council to make by-laws are set out in subsection 81(1) [as am. *idem*, s. 15] among which are included:

81. (1) . . .

compagnie, Thermal Dynamics Corporation, la somme de 100 000 \$ provenant de son compte de revenu. Le ministre a apparemment donné son approbation. Ce dernier a également reçu récemment une demande visant l'utilisation, en tout ou en partie, de la somme de 3,4 millions de dollars portée au compte de revenu et provenant du règlement touchant l'île Whitefish. (On ne m'a pas expliqué pourquoi ces fonds ont été crédités au compte de revenu.) Le conseil de bande n'ayant pas fourni d'explication satisfaisante quant à la dépense projetée, le ministre a refusé de l'autoriser. Il est à présumer que moyennant une explication satisfaisante, il aurait donné son autorisation, même si la majorité des membres non-résidents n'avaient pris aucune part, directement ou indirectement, dans la demande du conseil.

Il importe de souligner ici que selon le témoignage d'un représentant du Ministère, les bandes ont dans leurs propres comptes de banque des sommes très importantes sur lesquelles le ministre n'a aucun contrôle. Ces sommes proviennent de subventions gouvernementales, fédérales et provinciales, ainsi que des revenus perçus par la bande, sous la forme de droits, etc. Elles servent en majeure partie (à l'exception peut-être des bourses d'études post-secondaires destinées aux membres) à financer les services offerts dans les réserves et au profit de ceux qui y résident. Il m'apparaît que ces sommes n'entrent pas dans la catégorie «argent des Indiens» au sens du paragraphe 2(1) précité parce qu'elles ne sont pas détenues par Sa Majesté, et qu'elles ne sont donc pas assujetties au régime prescrit aux articles 61 à 69 [art. 64.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 11), art. 68 (mod., *idem*, art. 13)] de la Loi.

En ce qui concerne les droits de vote, la disposition clé attaquée en l'espèce est le paragraphe 77(1):

77. (1) Un membre d'une bande, qui a au moins dix-huit ans et réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la réserve, aux fins d'élection, ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers. [Je souligne.]

Le paragraphe 81(1) [mod., *idem*, art. 15] confère au conseil de bande le pouvoir de prendre des règlements administratifs pour l'une des fins énumérées dont la suivante:

81. (1) . . .

(i) the survey and allotment of reserve lands among the members of the band and the establishment of a register of Certificates of Possession and Certificates of Occupation relating to allotments and the setting apart of reserve lands for common use, if authority therefor has been granted under section 60.

It should be noted that apart from attacking the validity of subsection 77(1) of the *Indian Act*, the plaintiffs also attack section 3 of the *Indian Band Election Regulations* and certain by-laws of the Batchewana Indian Band. The Regulations in question<sup>13</sup> and the Band by-laws<sup>14</sup> do nothing more than provide some criteria for determining whether a person is "ordinarily resident" on a reserve. Nothing turns on these provisions. It is not clear to me that any authority was delegated to the Band Council to enact such by-laws, but I make no finding on that point. The essential issue to be addressed is that of the validity of subsection 77(1) of the Act which requires ordinary residence on the reserve for a member to be an "elector" and thus to exercise the various voting powers granted only to electors.

### The Plaintiffs' Pleadings

To determine whether the plaintiffs have adequately pleaded the necessary allegations to justify the kind of declaration which it seems to me is most pertinent, it is helpful to set out certain paragraphs of the statement of claim. That document alleges *inter alia* the following:

65. The Batchewana Band of Indians, as an Indian Band, is a body of Indians for whose use and benefit in common lands have been set aside and/or for whose use and benefit in common, monies are held by Her Majesty the Queen.

66. Residence on the reservation [*sic*] is not essential to retain the status of a Band member. Provided that Indian status is not given up voluntarily, or membership altered by joining another Band, Band membership is retained even if the Band member has moved off the Reservation. The plaintiffs state and the fact is that therefore, the Band has a continuing existence which is independent of the place of residence of its members.

67. Members of the Batchewana Indian Band who reside on the Reservation set aside for the Band, live on an inflexible

<sup>13</sup> C.R.C., c. 952, s. 3.

<sup>14</sup> Numbers 86-67 and 86-73.

(i) l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, et l'établissement d'un registre de certificats de possession et de certificats d'occupation concernant les attributions, et la mise à part de terres de la réserve pour usage commun, si l'autorisation à cet égard a été accordée aux termes de l'article 60.

Il convient de souligner qu'outre qu'ils contestent la validité du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, les demandeurs attaquent également l'article 3 du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* de même que certains règlements administratifs de la bande indienne de Batchewana. Le Règlement en cause<sup>13</sup> et les règlements administratifs de la bande<sup>14</sup> ne font qu'établir certains critères permettant de déterminer si une personne «réside ordinairement» sur une réserve. Ils n'ont aucune pertinence en l'espèce. Je ne suis pas certain que le conseil de bande ait été investi du pouvoir de prendre ces règlements mais je m'abstiendrai de toute conclusion sur ce point. La question essentielle à trancher est celle de la validité du paragraphe 77(1) de la Loi, lequel exige qu'un membre réside ordinairement sur la réserve pour être «électeur» et partant, exercer les divers droits de vote conférés uniquement aux électeurs.

### Actes de procédure des demandeurs

Afin de déterminer si les demandeurs ont plaidé les allégations essentielles au type de jugement déclaratoire qui me semble le plus pertinent, il est utile de reprendre certains paragraphes de la déclaration. On y allègue notamment:

[TRADUCTION] 65. La bande indienne de Batchewana constitue, à titre de bande indienne, un groupe d'Indiens à l'usage et au profit communs desquels des terres ont été mises de côté et/ou à l'usage et au profit communs desquels Sa Majesté détient des sommes d'argent.

66. La résidence sur la réserve n'est pas une condition essentielle au statut de membre de la bande. Pourvu qu'il n'y ait pas abandon volontaire du statut d'Indien, ou qu'il n'y ait pas changement d'appartenance du fait de l'adhésion à une autre bande, le membre de la bande le demeure même s'il s'établit à l'extérieur de la réserve. En conséquence, les demandeurs affirment, et le fait est que la bande a une existence perpétuelle indépendante du lieu de résidence de ses membres.

67. Les membres de la bande indienne de Batchewana qui résident dans la réserve mise de côté pour la bande vivent sur un

<sup>13</sup> C.R.C., ch. 952, art. 3.

<sup>14</sup> Numéros 86-67 et 86-73.

land base held on collective behalf of the entire Band membership by Her Majesty the Queen. Resident and non-resident Band members share in a group claim upon all Reservation lands and on all capital and revenue funds accumulated on behalf of all Band members.

68. The plaintiffs therefore plead and the fact is that all members of the Band, whether resident or non-resident on the Reservation, have an equality of interest and benefit in Band lands, assets and activities.

69. The plaintiffs state that the status of Band membership is analogous to citizenship.

These allegations should be kept in mind in relation to the relief sought, part of which is set out as follows:

74. The plaintiff therefore claims:

a) A declaration that, in the circumstances of this case, section 77 of the Indian Act, section 3 of the Indian Band Election Regulations and By-Law numbers 86-67 and 86-73 of the Batchewana Indian Band contravene sections 15, 2(d) and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

b) A declaration that section 77 of the Indian Act, section 3 of the Indian Band Election Regulations and By-Law numbers 86-67 and 86-73 of the Batchewana Indian Band providing that a Band member must be ordinarily resident on the reserve to be eligible to vote or stand for election in Band elections, do not apply to elections held under the Indian Act for the Batchewana Band of Indians.

### Issues

The following appear to be the relevant issues:

(1) Does the denial of the vote in band elections or the status of "elector" to members of the Batchewana Band not ordinarily resident on its reserves infringe section 15 of the Charter?

(2) If so, can such limitations be justified under section 1 of the Charter?

(3) Is the "freedom of association" of band members not ordinarily resident on the reserve, as guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter, infringed by such restrictions?

(4) If so, are such limitations justified under section 1 of the Charter?

territoire immuable que Sa Majesté détient collectivement pour l'ensemble des membres de la bande. Les membres résidents et non-résidents jouissent d'un droit collectif sur toutes les terres de réserve et sur tous les fonds au compte de capital et de revenu accumulés au nom de tous les membres de la bande.

a 68. Les demandeurs plaident en conséquence, et le fait est que tous les membres de la bande, qu'ils résident ou non sur la réserve, ont un intérêt et un profit égaux eu égard aux terres, aux biens et aux activités de la bande.

b 69. Les demandeurs affirment que le statut de membre d'une bande est analogue à la citoyenneté.

Il importe de lire ces allégations parallèlement aux redressements demandés, dont notamment les suivants:

c [TRADUCTION] 74. Le demandeur conclut donc:

d a) à un jugement déclaratoire portant qu'en égard aux circonstances de l'espèce, l'article 77 de la Loi sur les Indiens, l'article 3 du Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens et les règlements administratifs 86-67 et 86-73 de la bande indienne de Batchewana contreviennent à l'article 15, à l'alinéa 2d) ainsi qu'à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés;

e b) à un jugement déclaratoire portant que l'article 77 de la Loi sur les Indiens, l'article 3 du Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens et les règlements administratifs 86-67 et 86-73 de la bande indienne de Batchewana, qui disposent qu'un membre de la bande doit résider ordinairement sur la réserve pour avoir droit de vote ou se porter candidat aux élections de la bande, ne s'appliquent pas aux élections tenues sous le régime de la Loi sur les Indiens au sein de la bande indienne de Batchewana.

### Questions en litige

Voici les questions qui apparaissent pertinentes dans le présent litige:

g (1) Le refus d'accorder le droit de vote aux élections de la bande ou le statut d'«électeur» aux membres de la bande de Batchewana qui ne résident pas ordinairement sur les réserves de cette bande contrevient-il à l'article 15 de la Charte?

h (2) Dans l'affirmative, ces restrictions peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la Charte?

i (3) Ces restrictions portent-elles atteinte à la «liberté d'association» des membres de la bande ne résidant pas ordinairement sur la réserve, que leur garantit l'alinéa 2d) de la Charte?

j (4) Dans l'affirmative, ces restrictions sont-elles justifiées en vertu de l'article premier de la Charte?

ConclusionsIs Subsection 15(1) of the Charter Infringed?

Subsection 15(1) provides as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

It must first be observed that the alleged ground of discrimination here is based on the place of residence of Band members. Place of residence is not one of the grounds enumerated in subsection 15(1).

In accordance with the decision of the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*<sup>15</sup> I must first determine whether there is discrimination within the meaning of subsection 15(1). For there to be discrimination, there must be a law with some negative impact on those who allege discrimination. I am satisfied that the denial of the vote in band council elections, or for other purposes such as the approval of the surrender of any interest in the reserve, has a significant negative impact on those not ordinarily resident on the reserve. I must then, however, determine whether the ground upon which that denial occurs is one which is analogous to the grounds listed in subsection 15(1). There have been several cases where province of residence has not been considered to be an analogous ground.<sup>16</sup> This conclusion was reached in part because the non-residents in question did not have the characteristics of a "discrete and insular minority", that is they did not constitute a group which in the "entire social, political and legal fabric of our society" constituted a group which was inherently or historically disadvantaged. There was also a recognition in those cases of the impact of federalism which legitimizes differences of treatment of individuals from one province to another.

I am of the view that Band members not resident on a reserve may well constitute such a traditionally disadvantaged group, at least such members of the

<sup>15</sup> [1989] 1 S.C.R. 143.

<sup>16</sup> See e.g. *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254.

ConclusionsY a-t-il atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte?

Le paragraphe 15(1) édicte:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Il importe en premier lieu de souligner que le motif de discrimination allégué en l'espèce est le lieu de résidence des membres de la bande. Or le lieu de résidence n'est pas l'un des motifs énumérés au paragraphe 15(1).

Suivant l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>15</sup>, il me faut d'abord déterminer s'il y a discrimination au sens du paragraphe 15(1). Pour qu'il y ait discrimination, il doit y avoir une règle de droit comportant certains effets négatifs sur ceux qui l'allèguent. J'ai la conviction que le refus d'accorder le droit de vote aux élections au conseil de bande ou à des fins telle que l'approbation de la cession d'un intérêt dans la réserve a des répercussions négatives importantes sur ceux qui ne résident pas ordinairement sur la réserve. Il me faut toutefois déterminer ensuite si le motif de ce refus est analogue à l'un des motifs énumérés au paragraphe 15(1). Dans quelques arrêts, on a considéré que la province de résidence ne constituait pas un motif analogue<sup>16</sup>, notamment parce que les non-résidents en cause n'avaient pas les caractéristiques d'une «minorité discrète et isolée», à savoir qu'ils ne constituaient pas un groupe qui, «dans les contextes social, politique et juridique de notre société», avait été historiquement ou systématiquement défavorisé. On a également reconnu dans ces cas que le fédéralisme pouvait légitimer, d'une province à l'autre, les différences de traitement entre les personnes.

Je suis d'avis qu'il se peut fort que les membres de la bande ne résidant pas dans la réserve constituent un tel groupe traditionnellement défavorisé, du moins

<sup>15</sup> [1989] 1 R.C.S. 143.

<sup>16</sup> Voir à titre d'exemples *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254.

Batchewana Band who make up the group that is relevant for the declarations I have been asked to make. I make no observation or findings with respect to the situation of other bands. But in respect of the Batchewana Band, historically ever since 1850 there has been a substantial portion of the Band which has not been able to reside on reserve lands. While the evidence is insubstantial as to the reasons for this at various times throughout their history, I believe I can conclude that for a substantial part of that period the lands were either inadequate in scope (being almost non-existent for a certain period) or unsuitable to sustain large numbers of people. It is apparent from the rate of settlement of the Rankin Reserve after its creation in 1952 that there had been many members who wished to live on a reserve. Between 1953 and 1985 the proportion of Band members living on reserves had more than doubled from approximately 34% to some 69%. This demonstrates the impact which the creation of an appropriate reserve and a vigorous housing programme had on the ability of non-residents to exercise a choice of residence. With the amendments to the *Indian Act* in 1985, however, the proportions were again reversed so that by 1991 some 68% were living off the reserve. By far the largest cause of this phenomenon was the sudden large increase in membership of the Band brought about by Bill C-31 in 1985.<sup>17</sup> It is important to keep in mind why the new members added pursuant to Bill C-31 had previously been denied even membership in the Band and thus any possibility of residence on the reserve. For the most part they were women, or the children of such women, who had lost their Indian status through marriage to a non-Indian, a result which was dictated by the former paragraph 12(1)(b) of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6]. (Indian men did not, however, lose status by marrying non-Indians.) This provision was successfully attacked before the United Nations Human Rights Committee.<sup>18</sup> It is no coincidence that it was repealed by Parliament in Bill C-31 effective the day section

<sup>17</sup> See Exhibit D-16, Table 2-2; see also note 6 *supra*, and accompanying text.

<sup>18</sup> *Lovelace v. Canada* (1983), 1 *Can. Human Rights Y.B.* 305. While the U.N. Human Rights Committee found that paragraph 12(1)(b) discriminated on grounds of sex in depriving Mrs. Lovelace of Indian status, the Covenant [*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19,

les membres de la bande de Batchewana qui forment le groupe pertinent aux fins du jugement déclaratoire qu'on me demande de prononcer en l'espèce. Je m'abstiens de toute observation ou conclusion quant à la situation des autres bandes. Mais en ce qui concerne la bande de Batchewana, historiquement depuis 1850 une partie substantielle des membres n'a pu résider sur les terres de réserve. Bien que la preuve ne permette pas de bien comprendre les raisons de cette situation à certains moments, je crois pouvoir conclure que pendant longtemps les terres n'étaient pas suffisamment nombreuses (ou même presque inexistantes pendant une certaine période) ou étaient impropres à assurer la subsistance d'un grand nombre de personnes. Il appert du taux d'établissement sur la réserve de Rankin après sa création en 1952 que les membres étaient nombreux à désirer y vivre. Entre 1953 et 1985, la proportion des membres vivant dans les réserves a plus que doublé, passant de quelque 34 à 69 %. On peut ainsi constater l'effet que la création d'une réserve suffisante et l'adoption d'un programme énergique de logement a eu sur la capacité des non-résidents de choisir leur lieu de résidence. En raison cependant des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985, la proportion s'est encore une fois inversée, de sorte qu'en 1991, environ 68 % des membres vivaient à l'extérieur de la réserve. Ce phénomène s'explique avant tout par la forte augmentation soudaine du nombre de membres consécutive au projet de loi C-31<sup>17</sup>. Or il importe de rappeler les raisons pour lesquelles ces nouveaux venus s'étaient vu refuser le statut de membre et partant, toute possibilité de s'établir sur la réserve. Il s'agissait pour la plupart de femmes ou de leurs enfants qui avaient perdu leur statut en raison de leur mariage avec un non-Indien, comme le prévoyait l'ancien alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6] (alors que ce n'était pas le cas pour les hommes épousant des non-Indiennes). Cette disposition a été attaquée avec succès devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>18</sup>. Ce n'est pas

<sup>17</sup> Voir pièce D-16, tableau 2-2; voir également note 6, *supra*, et le texte qu'elle accompagne.

<sup>18</sup> *Lovelace c. Canada* (1983), 1 *Ann. Can. Droits de la personne* 305. Bien que le Comité des droits de l'homme des N.U. ait estimé qu'en privant M<sup>me</sup> Lovelace du statut d'Indienne, l'alinéa 12(1)(b) constituait une discrimination fondée sur le sexe, le Pacte [*Pacte international relatif aux droits civils et*

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)



15 of the Charter came into force. Some others who retrieved their status pursuant to Bill C-31 had been denied such status because of their own, or (such as in the case of the plaintiff Frank Nolan) their parents' actions in choosing to be "enfranchised" and to exercise the rights of a Canadian citizen, this having caused them to lose their Indian status. It may fairly be said, therefore, that those regaining status through Bill C-31 were historically denied membership in their band (and thus the right to live on a reserve) because of sex or race, their mother having married outside the Indian race or their parents having been obliged to give up Indian status in order to enjoy the same rights and undertake the same obligations as Canadians of other races. Having been restored to the band membership they had lost under gender or racially based laws, they now find that their ability to reside on a reserve is limited. Further, their right to have a say directly or indirectly in the use or disposition of lands and revenues held by the Crown on behalf of all members of the Band is non-existent because they do not live on the reserve. Having no electoral voice in the election of the Band Council they have no say in the pace at which the Band Council makes land available on the reserve for newcomers nor in the allocation of housing funds which the Band Council obtains from the Government of Canada for the provision of housing on the reserve. I believe it is therefore possible to characterize those persons not ordinarily resident on any of the Batchewana Band's reserves as, in general, forming a group which historically has suffered disadvantages because of their inability to move onto the reserves. This is not to say, of course, that there are not some members of the group who have no desire to move onto reserves and who are by any normal measurement better off by not being on the reserves. But as demonstrated earlier, there must be many among those on whose behalf this action is brought who cannot change their place of residence to the reserve, any more readily than a person can change his citizenship—a characteristic found in *Andrews* to be analogous to those specifically mentioned in subsection 15(1).

(Continued from previous page)

1966, [1976] Can. T.S. No. 47] had not been in force when that happened. The Committee found other ongoing violations of the International Covenant.

par hasard qu'elle a été abrogée par le projet de loi C-31 le jour même de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte. Parmi les personnes ayant ainsi recouvré leur statut figuraient ceux qui, de leur propre chef ou, comme dans le cas du demandeur Frank Nolan, du chef de leurs parents, avaient choisi d'être «émancipés» et d'exercer les droits de citoyen canadien. On peut donc légitimement prétendre que ceux qui ont recouvré leur statut grâce au projet de loi C-31 s'étaient vu historiquement priver de leur appartenance à la bande (et donc du droit de vivre dans une réserve) du fait de leur sexe ou de leur race, leur mère ayant épousé un homme d'une autre race ou leurs parents ayant été obligés de renoncer à leur statut d'Indiens afin de jouir des mêmes droits et d'assumer les mêmes obligations que les Canadiens d'autres races. Une fois recouvré le statut qu'ils avaient perdu en raison de dispositions fondées sur le sexe ou la race, ils constatent maintenant que la possibilité de résider dans une réserve leur est limitée. De plus, leur droit de faire valoir directement ou indirectement leur opinion quant à l'utilisation ou à l'aliénation des terres et des revenus détenus par la Couronne pour le compte de tous les membres de la bande n'existe pas parce qu'ils ne vivent pas dans la réserve. N'ayant pas voix au chapitre pour ce qui est de l'élection du conseil de bande, ils ne peuvent exprimer leur avis sur le rythme auquel le conseil attribue des terres aux nouveaux venus dans la réserve ni sur la répartition des sommes destinées à l'habitation que le conseil obtient du gouvernement du Canada. J'estime donc qu'il est possible de caractériser les personnes qui ne résident pas ordinairement sur l'une des réserves de la bande de Batchewana comme formant, de façon générale, un groupe qui a été historiquement défavorisé du fait de son incapacité à s'établir dans les réserves. Cela ne veut pas dire, naturellement, qu'il n'y a pas parmi eux certains membres n'ayant aucun désir de s'établir dans les réserves et qui, selon les critères normaux, vivent mieux à l'extérieur des réserves. Mais ainsi qu'on l'a vu précédemment, nombreux doivent être ceux qui, parmi les membres au nom de qui la présente instance est engagée, ne

(Suite de la page précédente)

politiques, 19 déc. 1966, [1976] R.T. Can. n° 47] n'était pas en vigueur lorsque le cas s'est posé. Le Comité a conclu qu'il y avait violation d'autres dispositions du Pacte international.

Although it was described there as “immutable”,<sup>19</sup> citizenship like residence on or off a reserve is sometimes capable of change, but with considerable difficulty and is subject to the decisions of others.

Also, according to *Andrews*, in determining whether such a group is the victim of “discrimination” it is proper to look at the purpose of the law which allegedly denies them certain advantages. The Court in that case emphasized that discrimination involves distinctions based on irrelevant personal differences.<sup>20</sup> To determine whether a characteristic is “irrelevant” one must look at the nature and purpose of the legislation. Here it appears to me that the conclusions one may draw will differ with the provision of the *Indian Act* in question. I am persuaded by the expert evidence and argument submitted on behalf of the defendant Ministers that in part it is the object of the *Indian Act* to provide for a form of local government on reserves which is analogous to municipal government. It is apparent, for example, that most of the by-law making powers which the band council has under subsection 81(1) relate purely to the administration of the reserve. Further, the evidence indicates that most of the operational funding provided by the federal Government to Indian bands (which does not, as I understand it, consist of “Indian moneys” as defined by the Act) and whose expenditure is controlled by the latter subject to certain Government guidelines, relates to purely local purposes such as the provision of education on the reserve, social assistance, land management, and recreation. It is true that some of these funds can be spent in ways which will have a direct impact on non-resident members, such as the provision by the band council out of Government funds of bursaries to band members for post-secondary education or the allocation of housing funds for non-residents such as the new members brought in by Bill C-31. With respect to such local government functions of the band council,

<sup>19</sup> See note 15 *supra*, at p. 195.

<sup>20</sup> *Ibid.*, at pp. 165 and 193.

peuvent changer de lieu de résidence pour aller s'établir dans la réserve, pas plus facilement à tout le moins qu'une personne peut changer de citoyenneté —caractéristique qu'on a jugée, dans l'arrêt *Andrews*, analogue aux motifs expressément énumérés au paragraphe 15(1). Bien qu'on l'ait dite «immuable»<sup>19</sup>, la citoyenneté, tout comme la résidence dans la réserve ou à l'extérieur, peut être changée mais au prix de difficultés considérables et sous réserve de décisions relevant de tierces personnes.

Suivant l'arrêt *Andrews* il convient aussi, pour déterminer si un groupe est victime de «discrimination», d'examiner l'objet de la disposition qui le priverait de certains avantages. Dans cette affaire, la Cour a souligné que la discrimination suppose des distinctions fondées sur des différences personnelles non pertinentes<sup>20</sup>. Pour savoir si une caractéristique est «non pertinente», il faut examiner la nature et l'objet de la mesure législative. En l'espèce, il m'apparaît que les conclusions qu'on peut tirer différeront de la disposition en cause de la *Loi sur les Indiens*. Les témoignages des experts et les arguments soumis pour le compte des ministres défendeurs m'ont convaincu que la *Loi sur les Indiens* a notamment pour objet de pourvoir à la constitution d'une forme de gouvernement local sur les réserves, analogue à un gouvernement municipal. Il est manifeste, par exemple, que la plupart des pouvoirs réglementaires dont le conseil de bande est investi au paragraphe 81(1) se rapportent uniquement à l'administration de la réserve. De plus, la preuve indique que la plus grande partie du budget de fonctionnement que le gouvernement fédéral accorde aux bandes indiennes (et qui, si je ne m'abuse, ne constitue pas de l'«argent des Indiens» au sens de la Loi) et que ces dernières dépensent suivant certaines lignes directrices gouvernementales, se rattachent à des objets purement locaux tels les établissements d'enseignement dans la réserve, l'assistance sociale, la gestion foncière et les loisirs. Il est vrai que l'engagement de certaines de ces sommes aura des répercussions directes sur les membres non-résidents, tels l'octroi de bourses d'éducation post-secondaire ou l'attribution de fonds destinés au logement des nouveaux membres enregistrés après l'adoption du projet de loi

<sup>19</sup> Voir note 15, *supra*, à la p. 195.

<sup>20</sup> *Ibid.*, aux p. 165 et 193.

I do not think it is possible to say that a requirement of residence on a reserve as a condition for voting for such a local government can be described as an irrelevant personal characteristic. It is of course true, according to the evidence, that in at least four provinces in Canada non-resident property owners may vote in municipal elections. In the remaining provinces provincial law requires that a person reside in the municipality in order to vote there. While no doubt arguments can be made for the merits of both approaches, a strong rationalization can be developed for requiring that in order to vote in a municipality a person should have a very direct connection with it by residing in the municipality: it is the residents who must bear the consequences of decisions by the municipal council as to the allocation of resources or the imposition of laws and it is those persons who arguably should have the exclusive right to vote for the municipal council. To the extent that the *Indian Act* similarly requires that band members reside on the reserve in order to be able to choose a band council which is primarily involved in the governance of the territory making up the reserve, I do not think it can be regarded as for a discriminatory purpose.

It appears to me, however, that the restriction of the franchise to those band members ordinarily resident on the reserve is based on an irrelevant personal characteristic when that franchise has to do with the disposition of lands and Indian moneys held by Her Majesty "for the use and benefit of the band",<sup>21</sup> the "band" including all members and not simply those resident on the reserve. The impact of decisions concerning these dispositions is not, like that of ordinary band council decisions, confined primarily to residents of the reserve. Such decisions relate instead to the use and disposition of communal property in which every band member has a share wherever he or she may live. Therefore to impose as a condition of voting on such matters the requirement of ordinary residence on the reserve is to deny rights because of a personal characteristic which is irrelevant to the scope and existence of those rights.

<sup>21</sup> See *Indian Act*, *supra*, note 12, ss. 18(1) and 61(1).

C-31. Dans la mesure où le conseil de bande exerce ainsi les fonctions d'un gouvernement local, je ne crois pas qu'il soit possible de dire que l'exigence de la résidence sur une réserve comme condition du droit de vote soit une caractéristique personnelle non pertinente. Certes, il est en preuve que dans au moins quatre provinces canadiennes, les propriétaires peuvent voter aux élections municipales sans être résidents de la municipalité. Dans les autres provinces, les lois provinciales exigent qu'une personne réside dans la municipalité pour pouvoir y voter. Bien que les deux régimes aient sans conteste des mérites, on peut en toute rationalité faire valoir que pour être habile à voter dans une municipalité, il faut avoir avec elle un lien très direct qui se traduit par la résidence: ce sont en effet les résidents qui subissent les conséquences des décisions du conseil municipal telles la répartition des ressources ou l'adoption de mesures législatives et qui devraient donc, logiquement, avoir le droit exclusif de voter pour élire le conseil municipal. Dans la mesure où la *Loi sur les Indiens* exige pareillement que les membres de la bande résident sur la réserve afin de pouvoir choisir un conseil de bande essentiellement voué à l'administration du territoire constituant la réserve, je ne crois pas que son objet soit discriminatoire.

Cependant, il m'apparaît que la restriction du droit de vote aux membres qui résident ordinairement sur la réserve est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente lorsque ce droit de vote se rapporte à la façon de disposer des terres et de l'argent des Indiens que détient Sa Majesté «à l'usage et au profit de la bande»<sup>21</sup>, la «bande» incluant tous les membres et non seulement les résidents de la réserve. Les répercussions des décisions prises à cet égard ne sont pas essentiellement confinées, comme les décisions courantes du conseil, aux résidents de la réserve. Ces décisions concernent au contraire l'usage et l'aliénation des biens communs dont chacun des membres détient une part, quel que soit le lieu où il habite. Par conséquent, assujettir le droit de vote sur ces questions à l'exigence de la résidence ordinaire sur la réserve équivaut à nier des droits en raison d'une caractéristique personnelle qui n'est pas

<sup>21</sup> Voir la *Loi sur les Indiens*, *supra*, note 12, art. 18(1) et 61(1).

I must therefore conclude that the combination of provisions of the *Indian Act* denying those members of the Batchewana Band not ordinarily resident on any of its reserves the right to vote, directly at a meeting or in a referendum, or indirectly through voting for the Band Council, on the use or disposition of lands or moneys held by Her Majesty for the use and benefit of the Band, contravenes subsection 15(1) of the Charter. The only relevant provision of the Act which the plaintiffs have specifically attacked in their pleadings is subsection 77(1) which requires ordinary residence on a band reserve to vote in band elections. This provision when used by reference to define “electors” creates the infringing result which is complained of, *inter alia*, in paragraphs 65 to 68 of the statement of claim quoted earlier. It will suffice to hold subsection 77(1) an infringement of subsection 15(1) for the purposes I have identified, although the unconstitutional consequences flow from its impact on such provisions as paragraph 39(1)(b), subsections 64(1) and 66(1). The latter two are included because they require the consent only of the band council which under the present dispensation is elected only by those members of the band resident on the reserve.

On the other hand, I do not include in my finding of invalidity arrangements whereby the band council has the sole authority to make decisions on the spending of grants from the Government of Canada from sources other than “Indian moneys” as referred to in section 62 of the Act. As I understand it, there are many funds provided by the Government to Indian bands for various programmes which do not come within the regime of sections 61 to 69. Such parliamentary appropriations are for the most part for purely on-reserve purposes and reflect the judgment of Parliament as to how its funds should be spent. It appears to me that in respect of such funds non-resident band members can assert no communal rights.

pertinente eu égard à l’existence et à la portée de ces droits.

Il me faut donc conclure que dans la mesure où elles s’appliquent à l’emploi ou à l’aliénation des biens ou des sommes d’argent que détient Sa Majesté à l’usage et au profit de la bande, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* privant les membres de la bande de Batchewana ne résidant pas ordinairement sur l’une quelconque de ses réserves du droit de vote, que ce soit directement à l’occasion d’une assemblée ou d’un référendum ou indirectement à l’occasion des élections au conseil de bande, contreviennent au paragraphe 15(1) de la Charte. La seule disposition applicable de la Loi que les demandeurs ont expressément attaquée dans leurs actes de procédure est le paragraphe 77(1), lequel rend le droit d’élire le conseil de bande conditionnel à la résidence ordinaire sur une réserve. Cette disposition, utilisée par renvoi à la définition d’«électeur», est la source de la contravention alléguée aux paragraphes 65 à 68 précitées de la déclaration. Il suffira de déclarer que le paragraphe 77(1) contrevient au paragraphe 15(1), aux fins que j’ai précisées, bien que les conséquences inconstitutionnelles qu’il entraîne découlent de son effet sur des dispositions tels l’alinéa 39(1)b) et les paragraphes 64(1) et 66(1). J’inclus ces deux derniers paragraphes parce qu’ils exigent uniquement le consentement du conseil de bande, lequel en vertu de la dérogation en cause, n’est élu que par les membres de la bande qui résident sur la réserve.

g

Par contre, ne sont pas touchés par ma déclaration d’invalidité les arrangements en vertu desquels le conseil de bande a l’autorité exclusive de décider de l’emploi des subventions qu’il reçoit du gouvernement du Canada de sources autres que l’«argent des Indiens», suivant l’article 62 de la Loi. Si j’ai bien saisi, il existe de nombreux fonds gouvernementaux destinés à divers programmes qui ne relèvent pas du régime établi aux articles 61 à 69. Ces crédits parlementaires sont alloués en majorité à des fins purement relatives aux réserves et reflètent le jugement du législateur quant à la façon dont ils devraient être utilisés. Il m’apparaît qu’à l’égard de ces fonds, les membres de la bande non-résidents ne peuvent pas faire valoir de droits communs.

If subsection 15(1) rights are infringed, is such limitation justifiable under section 1?

This question must be answered in two parts: first, in respect of the application of subsection 77(1) to band council elections for the purpose of electing a council to carry on the ordinary governance of the reserve itself; and secondly, with respect to the effect of subsection 77(1) on entitlement to vote directly or indirectly (by electing members of the band council) on the disposition of reserve lands or Indian moneys held by Her Majesty for the use and benefit of the band as a whole.

With respect to the first application of subsection 77(1), I have already concluded that this does not infringe subsection 15(1) of the Charter. If however I should be wrong in this, I would still find for essentially the same reasons that the limitation of the vote for the band council, in respect of the functions of the band council in ordinary governance of the reserve, to those ordinarily resident on that reserve, is a reasonable limit prescribed by law which is demonstrably justified in a free and democratic society. While this is not the only conceivable way of qualifying the right to vote it is clearly within a permissible range of legitimate options for Parliament.

With respect to the application of subsection 77(1) in a way to preclude members of the band not ordinarily resident on a reserve from having any political say in decisions concerning the disposition of the reserve itself or of "Indian moneys", I find no justification within the requirements of section 1 of the Charter. No rationale has been seriously advanced as to why members not resident on a reserve should have no input into such decisions when these decisions involve property held for the use and benefit of the entire band and in which each member of the band has a communal interest. In the present case it is clear that band membership has always exceeded by a substantial proportion the number of members resident on the reserves of the Batchewana Band. A fundamental concept of the *Indian Act* is that a person may have Indian status, band membership, and enjoy

S'il y a atteinte au paragraphe 15(1), cette restriction peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier?

Cette question exige une réponse en deux parties: la première a trait à l'application du paragraphe 77(1) aux élections du conseil de bande aux fins d'élire un conseil chargé de l'administration courante de la réserve elle-même; la seconde concerne l'effet du paragraphe 77(1) sur le droit de se prononcer directement ou indirectement (en élisant les membres du conseil de bande) sur la façon de disposer des terres de réserve ou de l'argent des Indiens que détient Sa Majesté à l'usage et au profit de l'ensemble de la bande.

En ce qui concerne la première application du paragraphe 77(1), j'ai déjà conclu qu'il n'y a pas atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte. Si cette conclusion devait être erronée, j'estimerais néanmoins essentiellement pour les mêmes raisons que le fait de limiter le droit de vote aux élections du conseil de bande, pour ce qui est des affaires courantes de la réserve, aux résidents ordinaires de cette réserve, constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien que cette façon de restreindre le droit de vote ne soit pas la seule qu'on puisse concevoir, elle fait clairement partie de la gamme des options dont le législateur pouvait légitimement se prévaloir.

En ce qui concerne l'application du paragraphe 77(1) ayant pour résultat d'empêcher les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur une réserve d'exprimer leur opinion politique quant aux décisions relatives à la façon de disposer de la réserve elle-même ou de l'«argent des Indiens», je n'y vois aucune justification eu égard aux exigences de l'article premier. On n'a apporté aucune explication sérieuse à la position voulant que les membres qui ne résident pas sur une réserve ne devraient pas pouvoir participer aux décisions portant sur des biens détenus à l'usage et au profit de l'ensemble de la bande et dans lesquels chacun des membres a un intérêt commun. En l'espèce, il est manifeste que le nombre des membres de la bande de Batchewana a toujours excédé substantiellement celui des résidents de ses réserves. Or, l'une des notions

communal rights in property, both land and moneys, held by Her Majesty for the use and benefit of the band, without living on a reserve. How then can a law be justified which denies those who do not live on a reserve—some willingly, some unwillingly any control over the disposition of that property when the consent of those who happen to live on the reserve must be obtained by Her Majesty for any such disposition? Counsel for the defendants suggested that it would be most unfair if a majority of members not resident on the reserve could outvote those resident on the reserve and approve the surrender of part or all of a reserve. He suggested that the limitation of the vote in such matters to reserve residents was therefore reasonable. I do not accept this rationale. In my view it is instead reasonable that both the resident and non-resident members of the band should have a vote directly or indirectly in such matters. It will be noted that in subsections 39(1), 64(1), and 66(1) involving respectively the surrender of reserve lands, and the expenditure of capital and revenue moneys, the approval of the Governor in Council or of the Minister of Indian Affairs is required in addition to band approval. Thus the Government can prevent unfair treatment of either the resident or non-resident members: but to do so it is important that the Government first know the views of each category of members. At the moment there is at least no formal machinery for the Government to know the views of non-resident members so that these may be taken into account. For these reasons I conclude that subsection 77(1) in so far as it precludes any participation by non-resident members in such decisions is not a reasonable limitation on the rights of those members under subsection 15(1) of the Charter.

Is freedom of association infringed?

If so, is such infringement justified under section 1 of the Charter?

Paragraph 2(d) of the Charter provides as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(d) freedom of association.

fondamentales de la *Loi sur les Indiens* est qu'il est possible d'avoir le statut d'Indien, d'appartenir à la bande et de jouir des droits communs dans les biens —terres et sommes d'argent—que détient Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande, sans vivre dans une réserve. Comment alors peut-on justifier une disposition qui nie à ceux qui ne vivent pas dans une réserve —volontairement ou involontairement selon les cas —tout contrôle sur l'aliénation de ces biens lorsque Sa Majesté doit obtenir à cette fin le consentement de ceux qui vivent dans la réserve? L'avocat des défendeurs a laissé entendre qu'il serait tout à fait injuste qu'une majorité de membres non-résidents puisse l'emporter et approuver la cession de tout ou partie d'une réserve. Selon lui, restreindre le vote en la matière aux résidents est par conséquent raisonnable. Cette explication me paraît inacceptable. À mon avis, il est au contraire raisonnable que les résidents et les non-résidents aient tous deux, directement ou indirectement, droit de vote sur ces questions. Soulignons qu'aux paragraphes 39(1), 64(1) et 66(1) qui traitent respectivement de la cession de terres de réserve, de la dépense de sommes d'argent au compte en capital et au compte de revenu, l'approbation du gouverneur en conseil ou du ministre des Affaires indiennes est exigée en plus de celle de la bande. Le gouvernement peut ainsi empêcher que les résidents ou les non-résidents reçoivent un traitement injuste: pour ce faire toutefois, il importe que le gouvernement connaisse d'abord l'opinion de chaque catégorie de membres. À l'heure actuelle, il n'existe à tout le moins aucun mécanisme formel lui permettant de connaître l'opinion des non-résidents de façon à pouvoir en tenir compte. Pour ces motifs, je conclus que dans la mesure où il empêche toute participation des membres non-résidents dans les décisions de cette nature, le paragraphe 77(1) ne constitue pas une limite raisonnable aux droits que leur garantit le paragraphe 15(1) de la Charte.

Y a-t-il atteinte à la liberté d'association?

Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

L'alinéa 2d) de la Charte édicte:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

d) liberté d'association.

The plaintiffs contend that the freedom of non-resident members to associate with the resident members is infringed by subsection 77(1) which has the effect of disqualifying non-resident members from voting under the Act.

This issue was not argued very fully and I think it is unnecessary for me to decide it. Even if freedom of association is infringed in respect of the denial of a vote for council in respect of the governance of the reserve, I would for the same reasons as stated above find that in this context subsection 77(1) is a reasonable limitation on that freedom justified under section 1 of the Charter. It limits the right to choose the band council in respect of the governance of the reserve to those most directly affected, namely those who live on the reserve.

With respect to the other effects of subsection 77(1), those in respect of surrender of the reserve or disposition of Indian moneys, as I have found these provisions to infringe subsection 15(1) of the Charter it is not necessary for me to consider whether they also infringe freedom of association.

#### Disposition

I have therefore concluded that a declaration should issue, to the effect that the restriction on the right to vote in subsection 77(1) of the Act to those ordinarily resident on the reserve infringes in certain respects the rights under subsection 15(1) of the Charter of such of the plaintiffs and those on whose behalf they sue who are not resident on any reserve of the Batchewana Band. Such rights are infringed by the effects of subsection 77(1) in preventing such persons any vote in respect of any potential surrender of all or part of a reserve under subsection 39(1) of the Act, or in respect of any use of Indian moneys under subsections 64(1) and 66(1) which provide for consent being given on behalf of the band by the band council for which such persons cannot vote.

Such a declaration is based, *inter alia*, on the allegations in paragraphs 65 to 68 of the statement of claim, as quoted above. The declaration being made is a portion of the relief sought in subparagraph 74a)

Les demandeurs soutiennent que la liberté des membres non-résidents de s'associer avec les membres résidents est violée par le paragraphe 77(1) qui a pour effet de rendre les non-résidents inhabiles à voter sous le régime de la Loi.

Cette question n'a pas été débattue à fond et j'estime qu'il n'y a pas lieu de statuer à cet égard. Même si la négation du droit de voter pour le conseil dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur de la réserve porte atteinte à la liberté d'expression, je conclurais pour les motifs exposés précédemment qu'il s'agit d'une limite raisonnable apportée à cette liberté en vertu de l'article premier de la Charte. La disposition limite en effet le droit de choisir le conseil de bande, en ce qui concerne les affaires courantes de la réserve, à ceux qui sont les plus directement touchés, savoir ceux qui vivent dans la réserve.

Quant aux autres applications du paragraphe 77(1), savoir la cession de la réserve ou l'affectation de l'argent des Indiens, étant donné ma conclusion précédente que cette disposition viole le paragraphe 15(1) de la Charte, il n'est pas nécessaire d'examiner si elle contrevient également à la liberté d'association.

#### Dispositif

J'en viens en conséquence à la conclusion qu'il y a lieu de prononcer un jugement déclaratoire portant que la restriction du droit de vote, qu'impose le paragraphe 77(1) de la Loi à ceux qui résident ordinairement sur la réserve, contrevient à certains égards aux droits que garantit le paragraphe 15(1) de la Charte aux demandeurs et à ceux au nom desquels ils poursuivent qui ne résident pas sur l'une quelconque des réserves de la bande de Batchewana. Ces droits sont violés en ce que le paragraphe 77(1) empêche ces personnes de se prononcer sur la cession potentielle de tout ou partie d'une réserve en vertu du paragraphe 39(1) de la Loi, ou sur l'emploi de l'argent des Indiens sous l'empire des paragraphes 64(1) et 66(1), lesquels exigent que le conseil de bande pour l'élection duquel elles ne peuvent voter donne son consentement au nom de la bande.

Ce jugement déclaratoire est fondé, entre autres, sur les allégations contenues aux paragraphes 65 à 68, précités, de la déclaration et il représente une partie de la réparation recherchée à l'alinéa 74a). Il est

of the statement of claim. It is confined to voting rights of members of the Batchewana Band because as a trial judge I must confine myself to the actual case I have before me, its pleadings and its evidence. The declaration must be for invalidity of subsection 77(1) in its entirety, even though I have endeavoured to describe the particular effects of it which are impermissible. It is not possible to sever the invalid parts as subsection 77(1) conforms with or violates the Charter depending on the other sections governed by it. Nor is it possible to “read in” some saving interpretation: to attempt to apply the criteria laid down by the Supreme Court in *Schachter*<sup>22</sup> for reading in would in the circumstances of this case be completely speculative as to Parliament’s intentions.

I believe that this is a case where the operation of such a declaration should be suspended to allow time for parliamentary consideration of the modifications in the *Indian Act* which might be appropriate. There is no simple deletion or addition which will readily correct this situation and Parliament must have the opportunity to consider its options to make the Act conform to the Constitution. Any declaration with immediate effect could bring into doubt the ability of the Batchewana Band Council as presently elected to carry on the ordinary governance of the reserve. This is therefore an appropriate case in which to postpone the effect of the declaration.

In *Schachter*, at the trial stage, I achieved such a postponement of the coming into effect of a declaration by suspending the operation of my judgment pending appeal<sup>23</sup> and Parliament did in fact amend the law prior to the appeal process being completed. At that time the Supreme Court had not yet endorsed prospective overruling except in the unique circumstances of the *Reference re Manitoba Language Rights*.<sup>24</sup> Subsequently the Court developed the concept of allowing a “transitional period” for the coming into effect of declarations.<sup>25</sup> When the *Schachter* case reached that Court it stated, without addressing

<sup>22</sup> *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 705-715.

<sup>23</sup> [1988] 3 F.C. 515 (T.D.), at p. 550.

<sup>24</sup> [1985] 1 S.C.R. 721.

<sup>25</sup> See *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 217-218; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1022.

restreint aux droits de vote des membres de la bande de Batchewana, étant donné qu’à titre de juge de première instance, je dois me limiter à l’affaire qui m’est soumise ainsi qu’aux actes de procédure et à la preuve qui me sont présentés. Le jugement doit déclarer l’invalidité du paragraphe 77(1) dans sa totalité, même si j’ai tenté d’en décrire les applications particulières inacceptables. Il est en effet impossible d’en dissocier les parties invalides étant donné que le paragraphe 77(1) se conforme à la Charte ou y contrevient suivant les autres articles qu’il régit. Il n’est pas non plus possible d’y conférer une interprétation large susceptible d’en préserver la validité: tenter d’appliquer à cet égard le critère qu’a énoncé la Cour suprême dans l’arrêt *Schachter*<sup>22</sup> serait en effet, eu égard aux circonstances de l’espèce, prêter au législateur des intentions de façon purement spéculative.

J’estime qu’il s’agit d’un cas où il y a lieu de suspendre l’effet de la déclaration de façon à permettre un examen parlementaire des modifications qu’il conviendrait d’apporter à la *Loi sur les Indiens*. Une simple radiation ou un simple ajout ne suffiront pas en effet à corriger la situation et le législateur doit avoir l’occasion d’examiner les options dont il dispose aux fins de rendre la Loi conforme à la Constitution. Toute déclaration ayant effet immédiatement pourrait mettre en doute la capacité de l’actuel conseil de la bande de Batchewana de vaquer aux affaires courantes de la réserve. C’est donc un cas où il convient de retarder l’effet de la déclaration.

Dans l’affaire *Schachter*, j’ai retardé en première instance l’entrée en vigueur d’une déclaration en suspendant l’effet de mon jugement jusqu’à l’issue de l’appel<sup>23</sup>, et le législateur a de fait modifié la loi avant que les procédures d’appel ne soient terminées. À cette époque, la Cour suprême n’avait pas encore endossé le principe de l’annulation éventuelle, sauf dans les circonstances exceptionnelles du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*<sup>24</sup>. Subséquemment, la Cour a dégagé la notion de «période transitoire» pour l’entrée en vigueur de jugements déclaratoires<sup>25</sup>. Lorsque l’affaire *Schachter* est arri-

<sup>22</sup> *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux p. 705 à 715.

<sup>23</sup> [1988] 3 C.F. 515 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 550.

<sup>24</sup> [1985] 1 R.C.S. 721.

<sup>25</sup> Voir *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, aux p. 217 et 218; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 1022.



the possibility of allowing delays by the suspension of operation of a judgment pending appeal, that the proper way to allow for Parliament or legislatures to correct legislation "to fill the void" is to suspend temporarily the declaration of invalidity.<sup>26</sup> This imposes on the Trial Judge the necessity of trying to estimate, in a case such as this where there will undoubtedly be an appeal, the time which must be allowed for those appeals to be taken and disposed of in two higher courts. In order to provide some time for deliberation on the part of all those concerned as well as some time for the taking of appeals, while at the same time not unduly denying the plaintiffs the fruits of their lawsuit, I will suspend the declaration of invalidity until July 1, 1994, subject to further order of the Court. It will of course be open to the defendants to seek further extensions if a good case can be made for them.

As counsel for the plaintiffs requested, to which counsel for the defendant Ministers did not object, costs will not be dealt with in my initial order but will be the subject of further submissions by counsel orally or in writing.

I will dismiss all other forms of relief sought by the plaintiffs in paragraph 74 of the statement of claim other than that set out in subparagraph *a*). The relief requested in subparagraph *b*) is too broad having regard to my findings that the Act can operate validly in respect of band council elections as long as the powers of the band are confined to certain matters. Similarly subparagraphs *c*) and *d*) in seeking a mandatory order or an injunction are too broad because they assume that non-resident members of the Band should be entitled to vote for all purposes. As I understand it the plaintiffs withdrew the request for an order setting aside the last election as set out in subparagraph *e*) and having regard to my findings and the suspension of the declaration of invalidity this would not be appropriate.

vée en Cour suprême, celle-ci a dit, sans évoquer la possibilité d'accorder un délai en suspendant l'effet d'un jugement jusqu'à l'issue de l'appel, que la meilleure façon de permettre au législateur fédéral ou provincial de corriger des dispositions législatives afin de « combler le vide » est de suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité<sup>26</sup>. Il incombe donc au juge de première instance de tenter d'évaluer, dans un cas comme la présente espèce où il y aura incontestablement appel, le temps nécessaire pour que les appels soient formés et qu'il en soit disposé devant deux instances supérieures. Afin de permettre à toutes les parties concernées d'examiner la situation et d'engager les procédures d'appel, tout en ne privant pas indûment les demandeurs des fruits de leur poursuite, je suspendrai l'effet de la déclaration d'invalidité jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994, à moins d'ordonnance contraire de la Cour. Il sera bien sûr loisible aux défendeurs de demander la prorogation de cette suspension moyennant des motifs suffisants.

À la demande de l'avocat des demandeurs, et en l'absence d'opposition de la part de l'avocat des ministres défendeurs, je n'adjudgerai pas de dépens dans cette ordonnance initiale afin de permettre aux avocats de présenter des observations orales ou écrites à ce sujet.

Je rejeterai toutes les formes de réparation auxquelles les demandeurs concluent au paragraphe 74 de leur déclaration, hormis la réparation recherchée à l'alinéa *a*). La réparation demandée à l'alinéa *b*) est trop large étant donné ma conclusion que la Loi est valide eu égard aux élections au sein du conseil de bande dans la mesure où les pouvoirs du conseil se limitent à certaines questions. De même, les alinéas *c*) et *d*), où il est conclu à une ordonnance ou à une injonction mandatoire, sont trop larges parce qu'on y présume que les membres non-résidents de la bande devraient avoir un droit de vote général. Si je ne m'abuse, les demandeurs ont retiré leur demande formulée à l'alinéa *e*) quant à l'annulation de la dernière élection et, vu ma conclusion ainsi que la suspension de la déclaration d'invalidité, c'est une réparation qu'il ne conviendrait pas d'accorder.

<sup>26</sup> [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 715-716.

<sup>26</sup> [1992] 2 R.C.S. 679, aux p. 715 et 716.



# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCES TO INFORMATION

Application under Access to Information Act, s. 41 to review respondent's decision refusing to disclose portions of departmental sign-in sheets requested by applicant—Applicant professional Access to Information Consultant and Requester—Requesting sheets to obtain names of employees working overtime—Respondent agreeing to disclose sheets but deleting names, identification numbers and signatures of employees—Whether respondent erred in concluding names on sheets personal information within meaning of Privacy Act—Responses from Department of Finance and Information Commissioner ignoring law applicable herein—Names on sign-in sheets not falling within scope of Privacy Act, s. 3(b), (c) or (i) nor within residual general ambit of section—Names expressly dealt with in s. 3(i)—Where one statutory provision expressly deals with specific term, other more general expressions in neighbouring provisions deemed to exclude specific term—Expression "employment history" in s. 3(b) not including detailed overtime information—Benefit of doubt as to whether information "personal information" to be interpreted in favour of disclosure—Whether predominant characteristic of information sought "personal" or professionally related—Information of sign-in sheets predominantly of professional and non-personal nature—Parliament's intention only very limited and specific type of information "personal information" and most information emanating from government should be disclosed—Application allowed—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 41—Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3.

DAGG V. CANADA (MINISTER OF FINANCE) (T-2662-91, Cullen J., order dated 8/11/93, 11 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Application for judicial review of Adjudicator's decision issuing deportation order against applicant—Applicant, citizen of Malaysia, granted student visa expiring November 24, 1991—In June 1991, applicant reporting theft of certain articles of personal property including Malaysian passport—Application for new passport referred to Malaysian Immigration Depart-

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

ment—Before obtaining new passport and applying for emergency travel document, applicant interviewed by immigration officer—Report made by officer under Immigration Act, s. 27(2) denying applicant right to remain in Canada as person not in possession of valid passport or similar travel document—Adjudicator issuing deportation order based on Immigration Act, ss. 19(2)(d), 27(2)(a) and Immigration Regulations, 1978, s. 14(3)—Applicant had no right to come into or remain in Canada—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 4 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 3), 5, 19 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 30, s. 3), 27 (as am. *idem*, s. 4)—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, s. 14 (as am. by SOR/83-339, s. 2).

KOK V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-2779-92, Joyal J., order dated 28/10/93, 6 pp.)

### JUDICIAL REVIEW

Application for judicial review of respondents' decision confirming earlier decision to discontinue processing of application for permanent residence from within Canada—Applicant, citizen of Fiji, applying in Canada for permanent residence with support of husband—Exemption from requirements of Immigration Act, s. 9(1) submitted to Immigration Officer Yee in July 1991—Officer recommending request for exemption to Governor in Council for final determination—Information acquired by two different Immigration Officers bringing into question *bona fides* of applicant's marriage—Officer Yee reversing decision to request exemption from visa requirements—In view of Officer Tam, separate interviews of applicant and husband disclosing serious discrepancies, doubt as to genuineness of applicant's relationship with sponsor—Whether respondents acted fairly in dealing with applicant's request to apply for permanent residence from within Canada—Applicant aware of basic concern of Officer Lee related to *bona fides* of marriage, had opportunity to respond to concern before confirming decision taken more than seven months later—Nothing substantive done to respond to concern—Applicant remaining preoccupied with anonymous "tip" and unspecified "trustworthy evidence"—Advantage not taken of time and opportunity to respond to concern—Respondents having fulfilled duty to act fairly by conduct of number of subsequent

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

interviews and by undertaking of review process—No evidence Officer acted unreasonably or unfairly during July 16 visit or demonstrated actual bias—Non-disclosure of source and substance of anonymous tip not substantive issue—Application dismissed.

WRIGHT V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-3042-92, Gibson J., order dated 15/10/93, 15 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees*

Application for judicial review to set aside finding by credibility panel respondent established credible basis for refugee claim—Application based on denial of opportunity to present evidence concerning respondent's personal credibility and further evidence as to changing conditions in Philippines—Respondent found to have established credible basis for claim, eligible to apply for permanent residence within Canada—Adjudicator finding unnecessary to hear witness' evidence to corroborate respondent's as mind already made up respondent crossed credibility threshold—Issue before panel not only whether respondent crossed threshold of credibility but whether substantial and fundamental changes occurred in Philippines by 1992—Changes of circumstances relevant to whether person can validly maintain Convention refugee claim—Adjudicator's decision premature—Error of law, denial of procedural fairness, breach of Immigration Act, s. 46(3)—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), 46(3) (as am. *idem*, s. 14).

CANADA (SOLICITOR GENERAL) V. ALBERTO (T-2402-92, Joyal J., order dated 1/11/93, 5 pp.)

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board's decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Cuba, claiming refugee status in Canada while on return flight to Cuba—Board holding applicant not *bona fide* refugee as principal basis for alleged fear, namely speaking out against Cuban regime on Radio Marti, self-serving act intended to facilitate refugee claim—Punishment for illegal exit under Cuban law no more excessive than that under consideration in *Valentin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 390 (C.A.)—Exit legislation in Cuba no more inherently political than Czechoslovakian law—Board members not considering Cuban exit law as inherently persecutory—Board's inquiry into applicant's motivation finding no subjective fear of persecution—Claim not made in good faith—Board properly considering evidence before it, applying proper test in disposing of claim—Application dismissed.

HERRERA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-615-92, Noël J., order dated 19/10/93, 4 pp.)

Application to review Immigration and Refugee Board decision applicant not Convention refugee—Applicant citizen of Cuba—Expelled from USSR, where student, for criticizing existing regime in Cuba—Upon arrival in Gander, Nfld.

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

claimed refugee status—Sanction for breach of Cuban exit laws ranging from fines to three years in prison—Board holding applicant not establishing reasonable fear of persecution as not object of persecution in past, and illegal exit from Cuba not itself basis for well-founded fear of persecution—Applicant alleging Board misdirecting self in application of *Valentin v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 390 (C.A.)—Board's holding (above) *prima facie* proper application of *ratio* in *Valentin*—Applicant arguing *Valentin* not deciding whether excessive punishment for illegal exit constituting reasonable basis for fear of persecution—Alleging breach of Board's duty to ascertain whether punishment herein excessive—*Valentin* not distinguishable by reference to nature of punishment *per se* but Board should have considered argument mistreatment of family by Cuban authorities as result of applicant's defection constituting extra-judicial punishment—Board not referring to evidence sick father may be assigned to field labour and job held for 30 years jeopardized, and mother demoted as untrustworthy—Isolated nature of sentence and lack of direct relationship between sentence and offender's political opinion determinative factors in *Valentin*—Evidence herein of repercussions over and beyond statutory sentence suggesting element of repetition and relentlessness in treatment of applicant's family by Cuban authorities, as well as direct link between applicant's act of defiance and treatment of his family—If applicant's family targetted by authorities as alleged, issue arising as to whether actions of Cuban authorities persecutory in nature and if so whether applicant could reasonably fear similar fate—Board's failure to weigh evidence in assessing applicant's claim reviewable error.

CASTANEDA V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION) (A-805-92, Noël J., order dated 19/10/93, 5 pp.)

Application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee—Finding based on changed country conditions in El Salvador—Board's statement of test for Convention refugee status accurate statement—Applicant fearing forced conscription into El Salvadoran army and harassment by guerillas—Peace treaty signed by guerillas and government of El Salvador on December 31, 1991—Reasoning in *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.), not conflicting with that in *Hassan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.)—According to *Obstoj*, matters raised in Immigration Act, s. 2(2) should be considered in determining whether requirements for Convention refugee status set out in Act, s. 2(1) met—Individual not entitled to refugee status where conditions set out in s. 2(2) exist—S. 2(2) conditions small subset of larger circle of circumstances for cessation of refugee status—Tribunal not committing error by taking into account changed country conditions without first determining whether requirements of cessation under s. 2(2)(e) met—Documentary evidence revealing speculative doubts upon prospective durability of peace accord at beginning of process but not in later publications—Board not committing error with respect to evaluation of evidence or conclusions drawn therefrom to justify setting aside of decision

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Continued

—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2.

VILLALTA v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (A-1091-92, Reed J., order dated 8/10/93, 9 pp.)

### *Permanent Residents*

Application to quash Hong Kong visa officer's rejection of application for permanent residence under "retired persons" category—Application for permanent residence submitted December 31, 1990 although applicant not 55 until March 29, 1992—"Retired" category abolished effective midnight August 2, 1991 by SOR/91-433—Application reviewed March 31, 1992—Visa officer holding as not meeting age requirement at time application submitted, or at any time before category closed, applicant not qualifying as "retired person"—Regulations, s. 2 defining "retired person" as immigrant who has attained at least 55 years of age and does not intend to seek or accept employment in Canada—Application dismissed—Applicant not "retired person" neither as of midnight August 2, 1991 nor on date of filing her application—"Age of the person concerned" only absolute determinant on which application under former "retired" category could be assessed—Applicant not entitled to have application considered under this category until attained required age—SOR/91-433 eliminating her right to have application considered under this category upon her subsequently attaining age 55—Respondents only retroactively applying amendment if applicant reaching 55 prior to August 3, 1991—Notwithstanding fact application filed by Commission, application not complete—Application for immigrant visa made "when it duly initiates the process leading to the issue or refusal of the visa"—Since not qualifying for consideration under "retired" category, filing of application not initiating process leading to issuance or refusal of visa so as to give rise to right to have application considered in accordance with retirement provisions as existed on that date—No procedural unfairness as not entitled to interview—On date application reviewed retired category no longer existed—Visa officer not required to address questions posed by Regulations, s. 8(1)(e) because no longer in force—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73), 114—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2 (as am. by SOR/91-433, s. 1), 8 (as am. *idem*, s. 3).

CHAN v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-1256-92, Rouleau J., order dated 14/10/93, 7 pp.)

Application to quash respondent's refusal of application for permanent residence—Applicant's counsel attempting to register application for permanent residence under "retired persons" category at Canadian Consulate General in Los Angeles at 3:30 p.m. on Monday, August 5, 1991—Advised category closed as of August 3, 1991, but application accepted for assessment in categories still available—Date stamped as received August 3, 1991—Advised by letter dated October 30, 1991 "retired" category closed effective midnight August 2, 1991—Applicant alleging respondents erred in law in failing to consider application under "retired" category as Interpretation Act, s. 26 providing where time limited for doing of thing expires on holiday, thing may be done on day next following

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION— Concluded

that is not holiday—Application dismissed—Even if August 3, 1991 not holiday, applicant out of time if application filed at start of business on August 3, 1991 as "retired" category abolished midnight August 2, 1991—Amendment to Regulations revoking category (SOR/91-433) published in Canada Gazette July 3, 1993—Under Immigration Act, s. 114(3) SOR/91-433 coming into force at 12:01 a.m., August 3, 1991—Category ceased to exist before normal start of business day—Additionally even if application filed in timely manner, applicant not qualifying under "retired" category as not yet having attained required age of fifty-five—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 26—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 83 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73), 114—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172, ss. 2 (as am. by SOR/91-433, s. 1), 8 (as am. *idem*, s. 3)—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1606(1) (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1617 (as enacted *idem*).

KUE v. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-2829-92, Rouleau J., order dated 14/10/93, 8 pp.)

## COPYRIGHT

### INJUNCTIONS

Application for interlocutory injunction restraining defendant from infringing plaintiffs' copyright in certain works—Plaintiffs marketing and selling in Canada since 1986 minoxidil topical solution called ROGAINE—Defendant granted Notice of Compliance authorizing it to manufacture and sell in Canada similar product called APO-GAIN—Plaintiffs claiming for infringement of copyright in text used on box and container label in which ROGAINE product distributed and sold—Text of information on box and container, and text of booklet for patient/consumer information within box for APO-GAIN substantially same as texts of works in which plaintiffs claim copyright—Arguments advanced by defendant contesting validity of copyright interests claimed by plaintiffs not specious or *pro forma* arguments—Plaintiffs' action raising serious issues for trial—Threshold test, in considering application for interlocutory injunction, met—Plaintiffs' argument casting doubt as to whether damages adequate remedy for loss to them—Damages could be adequate remedy despite difficulty of calculating profit arising for defendant by wrongful use of works in which plaintiffs have copyright—Loss to plaintiffs pending trial would be adequately compensated in damages—No evidence of irreparable harm if injunction pending trial not now issued—Defendant would not suffer irreparable harm not adequately compensated by damages if injunction now awarded and later decided such relief unwarranted—Loss to defendant from delay, if injunction later found to be unwarranted, could be reasonably compensated in damages—Balance of convenience not supporting granting of interlocutory injunction—Application dismissed.

UPIOHN CO. v. APOTEX INC. (T-429-93, MacKay J., order dated 4/11/93, 17 pp.)

## CROWN

## TORTS

Application to strike statement of claim for failure to disclose reasonable cause of action—Privately-administered investment syndicate, Western Opportunities Ltd., approved by Minister to be active in immigrant investor program—Statement of claim alleging two doctors residing in Hong Kong who qualified under immigrant investor program and who had invested with plaintiff company refused visas without interviews—Interviews refused as doctors would be unable to demonstrate controlled or directed financially successful business or commercial undertaking—Plaintiffs alleging Crown servants applying invalid or arbitrary tests inconsistent with policy of Immigration Department—Alleging negligent conduct, breach of duty of care—Also alleging visa officers knew of relationship between applicants and plaintiffs and ought to have known plaintiffs would be injured by improper conduct in execution of powers and duties of public offices—Claiming loss of profit as conduct of immigration officers resulting in decline of potential subscribers to investment program—Defendants arguing purely economic loss insufficient to sustain action in damages; no duty of care, no breach, no foreseeability—Application dismissed—Not plain and obvious no cause of action—While breach of statute not automatically giving rise to tort liability, acts constituting breach of statutory duty by Minister may also constitute actionable negligence.

WESTERN OPPORTUNITIES LTD. v. CANADA (T-3131-92, Rouleau J., order dated 16/9/93, 4 pp.)

## CUSTOMS AND EXCISE

## CUSTOMS ACT

Appeal by way of action under Customs Act, s. 135 from Minister's decisions respecting two forfeitures ordered in relation to two seizures by Customs and Excise—First forfeiture concerning goods seized pursuant to ss. 110, 122—Second forfeiture "ascertained forfeiture" ordered pursuant to s. 124—Plaintiff seeking declarations entitled to repayment of sums forfeited, order quashing Minister's decisions based on perceived unfairness in process in assessing amounts to be forfeited, declaration no administrative penalty payable by plaintiff, interest on any amounts overpaid—In fulfilment of part of obligations to Atlantic Container Lines, international transatlantic ocean container shipping consortium, plaintiff overseeing repair of temperature-controlled containers used in international shipping—Proving impossible for technical department to fulfil regular duties and do paperwork entailed in importing, paying duty, taxes on parts to be installed in containers for export, and applying for drawback—On own initiative, plaintiff's employee importing parts without completing proper customs documentation—No intention to deprive Revenue Canada of any duty or taxes—In April 1986 Customs and Excise seizing three small parts found in storage at plaintiff's Halifax terminal not reported to Customs when imported—Halifax office unaware of existence of those parts, believed to have been misdirected to it—\$100 fine imposed and paid—On August 17, 1987 Customs and Excise seizing spare parts in plaintiff's inventory, alleging parts smuggled or unreported in

## CUSTOMS AND EXCISE—Continued

contravention of s. 12—Under s. 122, goods seized as forfeit as result of contravention of Act or regulations becoming subject to forfeiture from time of contravention—Plaintiff paying \$41,424.80 under protest for release of parts pursuant to s. 117(a)(ii)—That amount including penalty of three times duty and taxes evaded calculated according to chart in Customs Enforcement Manual for repeat offence of smuggling—In considering this repeat offence, Customs and Excise considering 1986 infraction as prior offence—Plaintiff requesting Minister's decision pursuant to s. 129—On basis of information obtained from plaintiff about other unreported parts, Customs and Excise serving second seizure notice dated September 17, 1987 requiring \$112,360.70 as payment to be forfeited pursuant to s. 124—Plaintiff again paying under protest and Minister's decision in relation to ascertained forfeiture again requested pursuant to s. 129—Adjudicator determining August 17 seizure for not reporting, but repeat offence and unascertained forfeiture smuggling, but not repeat offence—By notices dated May 6, 1988 Minister deciding contraventions of Act and regulations, but reducing amount of penalty in respect of each forfeiture to two times total duty and taxes owing—Plaintiff receiving Minister's decisions May 13, 1988—S. 135 requiring person requesting Minister's decision under s. 131 to appeal within 90 days of notification by way of action to Federal Court, Trial Division—Statement of claim filed August 5, 1988 relating only to Minister's decision concerning August 17 seizure—On August 10 plaintiff advising defendant intended to file amended statement of claim referring to both decisions of Minister—Amended statement of claim filed August 15, 1988—(1) Defendant alleging appeal with respect to Minister's decision concerning ascertained forfeiture out-of-time in light of 90-day limitation period for commencing action established by s. 135—Under s. 149 notice effective on May 9, 1988, but even if date of reception effective date, amended statement of claim filed later than date specified by s. 135(1)—S. 135(2) providing Court's Rules "applicable to ordinary actions apply in respect of actions instituted under s. 135(1)"—Action instituted by statement of claim filed August 5, however defective—Plaintiff entitled to amend statement of claim without leave since at time did so defendants had not pleaded to original in accord with R. 421(1)—Defendant not challenging amendment pursuant to RR. 422 or 419—RR. 424, 427 giving Court discretion to allow amendments in appropriate cases, not directly in play as no motion before Court to permit amendment—Ordinarily amendments to pleadings deemed effective from date of original pleading, August 5, unless amendment not acceptable if subject of motion to amend original statement of claim pursuant to RR. 424, 427—Cause of action concerning Minister's decision in regard to ascertained forfeiture within scope of amendments contemplated under R. 427 as new cause of action relating to second decision of Minister and not included in original statement of claim—Arising out of substantially same facts as other seizure, cause of action in respect of which relief already claimed—Actions basically same, penalties applicable to actual and ascertained forfeitures in accord with Enforcement Manual same—Defendant unable to claim surprise or prejudice because of amendment—Were there motion before Court to permit amendment, would be in interests of justice to permit such amendment under RR. 424, 427—Amended statement of claim accepted as framing full claim in action and amendments effective as of date of filing of

## CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

original statement of claim, date within s. 135 limitation period—(2) S. 135, providing appeal from Minister's decision by one who requested decision under s. 131 precluding appeal of determination under s. 133—S. 135 providing appeal in relation to Minister's decision under s. 131, which provides for decision only with respect to issue of whether contravention of Act or regulations—Privative clause provided by ss. 123, 127 precluding review of forfeiture of goods seized or money held as forfeit "except to the extent and in the manner provided by s. 129"—S. 129 provides opportunity to request decision of Minister under s. 131—Any appeal, both within department under s. 129 by requesting decision of Minister and by appeal to Court under s. 135 from Minister's decision to review of decision specified under s. 131 i.e. whether contravention of Act or regulations, limited—Insulating from appeal penalty imposed in event contravention of Act carries on long-standing regime under past Customs Acts—Minister's discretion in relation to penalties not unlimited—Act and regulations specify maximum penalties—Court does have jurisdiction under Federal Court Act, ss. 18, 18.1 to consider whether discretion to impose penalties, consequent upon contravention of Act, exercised in accordance with law—Presenting anomalous situation as Customs Act providing for appeal from Minister's decisions by way of action within 90 days of notification of decision, and Federal Court Act requiring relief be sought by application for judicial review within 30 days of decision—Parliament might consider whether both decisions of Minister under ss. 131 and 133 should be subject to review in single proceeding by way of appeal or by application for judicial review—(3) Plaintiff's case for relief under Federal Court Act, s. 18 as it was when action commenced based on perceived unfairness in process followed by Adjudications Division acting for Minister—Reports and correspondence from customs officers responsible for both seizures not made available to plaintiff prior to determinations—Customs enforcement procedures only provided after action commenced—Process followed not complying with Minister's duty of fairness—Adjudications Division not providing to plaintiff information or evidence upon which relied in reaching its decisions, and plaintiff not in position to fully know case to be met or allegations or charges against it—At very least, original reports of Customs officers relating to seizures, and any subsequent comments from them, particularly comments relating to submissions made by plaintiff ought to have been provided to plaintiff with opportunity to respond before decisions made—Minister's determinations set aside—Since contravention under Act only matter for consideration under s. 135, and plaintiff conceding contravention, action dismissed—Appeal in relation to amounts declared as forfeit also dismissed since not within Court's jurisdiction to review under s. 135—Declarations plaintiff entitled to repayment and return of sums forfeited and that no administrative penalties payable relating to determinations of Minister concerning amount forfeited or remitted under s. 133 and outside Court's jurisdiction under s. 135—Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 12, 110, 117, 118, 122, 123, 124, 127, 129, 130, 131, 133, 135, 149—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 419, 421, 422, 424, 427—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as am. *idem*, s. 5).

ACL CANADA INC. v. CANADA (T-1548-88, MacKay J., judgment dated 8/10/93, 31 pp.)

## FOOD AND DRUGS

Application for *mandamus* directing Minister to issue notice of compliance (NOC) in respect of each dosage of its drug, Apo-Enalapril—Respondents seeking order prohibiting Minister from issuing NOC—Merck exclusive licensee of drug enalapril under valid patent prohibiting unauthorized manufacture of drug—Before selling new drug, pharmaceutical manufacturer must obtain NOC from Minister—Must submit new drug submission (NDS)—If satisfactory, Minister issuing NOC—Apotex applied for NOC in respect of Apo-enalapril in 1990—In 1991 respondent commenced patent infringement action—On February 3, 1993 review of NDS complete, issuance of NOC recommended—On February 4, day issuing authority receiving NOC for signature, Patent Act Amendment Act, 1992 receiving Royal Assent—Most provisions proclaimed in force February 15—Regulation-making authority provision coming into force March 12—Regulations made thereunder radically changed process for obtaining NOC—Essentially prohibiting Minister from granting NOC for patented drug until expiry of all patents pertaining thereto—Issuing authority and Minister obtaining legal advice on how to proceed—Application for *mandamus* allowed; application for prohibition denied—Although Minister having discretion in NDS approval process under Food and Drug Regulations, discretion not unfettered—Scope of discretion limited strictly to consideration of factors relevant to purposes of FDR as relate to process of approval of new drugs to be marketed in Canada—Limited to decision as to whether Health Protection Branch (HPB) review of NDS establishing safety, effectiveness of drug—Once answered in affirmative, any other extraneous consideration irrelevant—Minister not entitled to refuse to issue NOC based on anticipated changes to legislation—NDS approval process geared toward determining safety, effectiveness of drug under consideration—Suggestion NDS which has passed muster with HPB officials as safe, effective may then be refused NOC on basis content still not satisfactory to Minister on grounds other than safety, effectiveness inconsistent with scheme of FDR, and defeating purpose—FDR not contemplating or authorizing broad scope of ministerial discretion in NDS approval process—Neither Minister nor delegate having discretion to refuse to issue NOC to Apotex on other grounds—Consistent with views expressed in *Glaxo Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)*, [1988] 1 F.C. 422 (T.D.) and *Pfizer Canada Inc. v. Minister of National Health & Welfare et al.* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438 (F.C.A.)—Minister ought to have been concerned primarily with matters within jurisdiction, rather than waiting for legal advice on extra-departmental matters—Legal advice justification potentially endless—Minister having no assurance Regulations would be promulgated March 12—In theory Regulations might not yet have come into effect—Fact Parliament not providing explicitly for NOC application completed during transition period reinforcing view NOC should have been dealt with under FDR—From February 4 to March 12 FDR in place, Apotex NOC ready for signature, whereas regulation-making provision not—Minister's delay in issuing NOC not warranted—Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27—Food and Drugs Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.001, C.08.002, C.08.004 (as am. by SOR/88-42, s. 1)—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2)—Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2, s. 12—Pat-

## FOOD AND DRUGS—Concluded

ented Medecine (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4, 5, 7—Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 43.

APOTEX INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-3099-92, T-427-93, Dubé J., order dated 16/7/93, 28 pp.)

## INCOME TAX

## INCOME CALCULATION

*Income or Capital Gain*

Appeals from two F.C.T.D. judgments ([1990] 1 F.C. D-29) dismissing appeals against Minister's reassessment of appellant's income tax for 1979 and 1980 taxation years—Minister characterizing sums of \$117,234 for 1979 and \$560,738 for 1980 as business income, profit realized by appellant on disposition of shares in petroleum exploration companies—In relevant years, appellant exercising large number of employee stock options or warrants in companies—Trial Judge finding multiplicity and frequency of appellant's transactions indicative of adventure in nature of trade—Some of Minister's assumptions found by Trial Judge to have been destroyed by appellant—Assumption relating to operating motivation for appellant's acquisition of shares not destroyed—In answering question whether facts of case support conclusion plaintiff in fact engaged in adventure in nature of trade, Trial Judge entitled, obliged to rely on assumptions not disproved and on whole evidence—Minister not considering one transaction as constituting for taxpayer two separate sources of income—Under Income Tax Act, s. 7(1)(a), tax, upon income from employment, triggered by exercise of employee stock options as starting point for another transaction concluding with disposition of shares—Act, s. 53(1)(j) irrelevant to taxation of income from business—Minister right in calculating profit from sale of shares acquired on option so as to take account not only of option price but also of deemed remuneration under s. 7—Acquisition of shares not presumptively investment—Trial Judge dealing with critical question of whether appellant's dispositions intended to locking in s. 7 benefit or timed so as to achieve maximum realization—Trial Judge's conclusion on question of fact open to him, not based on error of law—Trial Judge not wrong in including Independence shares in appellant's adventure in nature of trade and in confirming Minister's assessment—Appeals dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 7(1)(a) (as am by S.C. 1977-78, c. 1, s. 3(1)), 53(1)(j).

POLLOCK V. CANADA (A-75-90, Hugessen J.A., judgment dated 14/10/93, 16 pp.)

## MARITIME LAW

## CARRIAGE OF GOODS

Appeal in action for damages for loss resulting from salt water damage to cargo of raw bulk sugar—Trial Judge dismissing action on ground defendant not carrier within meaning of Hague Rules, incorporated into Canadian law by Carriage of Goods by Water Act—"Carrier" including owner or charterer entering contract of carriage with shipper—Charterparty between Fednav and CSR Limited (marketing agent for owner of sugar) providing Fednav to nominate vessels of which either owner or disponent owner for shipping of sugar from Australia to Canada—As disponent owner not owning ship, merely controlling commercial operation such as cargo and ports of call, but not navigation—Acting as disponent owner herein—Entering into time charter with owner of vessel—Appellant purchasing sugar through intermediary broker—Bills of lading reciting goods shipped by CSR by virtue of charterparty between CSR and Fednav and signed on behalf of master of vessel—Incorporating clauses, conditions and exceptions contained in charter—Trial Judge holding owner of vessel carrier—No right of action against Fednav unless carrier *vis-à-vis* CSR—Question of who is carrier question of fact depending upon documents, circumstances in each case—Issues revolving around referential incorporation of terms of charterparty into bill of lading and responsibilities respondent undertaking by charterparty itself—Trial Judge holding charterparty provision giving Fednav option to nominate either one of its vessels (in which case Fednav carrier), or vessel owned by others (in which case Fednav might or might not be carrier) putting CSR on notice Fednav's obligations for damages to cargo differing according to whether nominated one of its own vessels to carry cargo or nominated vessel which it had time chartered—Charterparty itself not imposing obligation on respondent to perform contract of carriage—Time charter providing owners to remain responsible for navigation, insurance and all other matters—Trial Judge holding "all other matters" including cargo claims in matters for which owner, rather than charterer, remaining responsible—Appellant arguing respondent carrier by virtue of charterparty or incorporation by reference thereof into bill of lading—Appeal dismissed—Trial Judge's construction of "all other matters" to cover cargo claims, given initial principle time charter not demise or lease of vessel whereby charterer becoming, in relation to third parties, temporary owner of ship not unreasonable—No statement, representation or disclosure in bill of lading that respondent either owner of vessel or carrier—Owner clearly carrier—No evidence Master authorized by respondent to act as its agent or that it participated in any way in issuing bill of lading—Stretching language of incorporation provision in bill of lading to hold respondent full party to bill of lading and ship owner to charterparty—Leading to contradictory obligations, if only with regard to duration of two contracts—Only those clauses germane to performance of contract of carriage should be incorporated—If charterparty itself not constituting respondent carrier, incorporation into bill of lading not making it in that context what it was not on its own—No error by Trial Judge, let alone palpable and overriding error—Carriage of Goods by Water Act, R.S.C., 1985, c. C-27, Schedule, Art. 1—Bills of Lading Act, R.S.C., 1985, c. B-5, s. 2.

LANTIC SUGAR LTD. V. VIOLETTA (THE) (A-82-92, MacGuigan J.A., judgment dated 28/10/93, 11 pp.)



## PATENTS

Injunctions—Application for interlocutory injunction restraining defendant from manufacturing, importing, exporting, selling or offering for sale in Canada enalapril and enalapril maleate in bulk or tablet form in violation of rights granted under Canadian Letters Patent 1,275,349, or for order directing defendant to keep account of all enalapril and enalapril maleate in possession, custody or power—Plaintiff Merck Frosst marketing enalapril maleate in tablet form in Canada under trademark VASOTEC—VASOTEC most often prescribed drug for treating hypertension and congestive heart failure in Canada—Defendant Apotex largest producer of generic prescription drugs in Canada, manufacturing and selling drugs invented by others—In March 1991, Merck aware enalapril tablets, not of Merck origin, appearing in Caribbean Islands—Apotex's APO-ENALAPRIL tablets generally similar in size, shape, colour and concentration of drug to corresponding VASOTEC tablets of Merck Canada—In September 1991, plaintiffs commencing action against Apotex for alleged infringement of Merck patent—Dubé J. ordering Minister of Health and Welfare to issue Notice of Compliance (NOC) sought by Apotex in relation to APO-ENALAPRIL and dismissing Merck's application for prohibition—Gibson J. staying order of Dubé J. pending determination of appeal initiated by Merck against decision of Dubé J.—Mahoney J.A. allowing Apotex's appeal, setting aside stay order of Gibson J.—Defendant raising issue of estoppel or abuse of process as Gibson J., on stay application, fully considered question of irreparable harm in proceedings involving same parties, on virtually same evidence as in present application—Finding expressly endorsed by Court of Appeal—Court required to consider evidence adduced not entirely same as that before Gibson J.—Previous order of Gibson J. not determinative of issues and arguments raised herein—Plaintiffs not to be barred in seeking relief by principle of issue estoppel—Threshold requirement for applicant in interlocutory injunction to establish serious issue, action neither frivolous nor vexatious—Plaintiffs' action raising serious issues that, absent settlement between parties, can only be resolved by trial—Potential harm to consumers by Apotex tablets merely speculative, given issue of NOC to Apotex authorizing sale of product for consumption in Canada—Apotex entry into market for drug in question not adversely affecting plaintiffs' reputation as leading innovator in pharmaceutical field—Plaintiffs' concerns about loss of market share speculative—Plaintiffs not suffering irreparable harm not adequately compensated in damages between now and trial of action—Mere difficulty in precisely calculating damages not constituting harm not adequately compensable in damages—None of cases referred to definitive in determining harm claimed by plaintiffs may not be adequately compensated by damages following trial—Plaintiffs' recoverable damages resulting from continuance of defendant's activities pending trial adequate remedy—Alternative relief claimed in plaintiffs' application entirely appropriate—Application for interlocutory injunction pending trial dismissed—Application for order defendant maintain records and accounts allowed.

MERCK & Co. INC. v. APOTEX INC. (T-2408-91, MacKay J., order dated 21/10/93, 26 pp.)

## PRACTICE

## COSTS

Application for security for costs—R. 446 providing where nominal plaintiff suing for benefit of another, and reason to believe unable to pay costs if ordered to do so, Court may order plaintiff to give security for costs—Defendant submitting as plaintiff undertaking to use monies recovered in litigation to first pay debts to financial institutions, nominal plaintiffs to extent of indebtedness—Also arguing as two court orders against plaintiffs remaining unpaid, good reason to believe insufficient assets to pay any award of costs—Application dismissed—Not nominal plaintiff if having real interest in result of litigation: *Elia v. Spring*, [1941] O.W.N. 407 (H.C.J.)—Plaintiffs having very "real interest" at level of principle and reputation in result of litigation—Individual plaintiff pursuing Crown and employees for years in related litigation—Corporate plaintiff party to litigation since individual plaintiff acquired control—Litigation history commencing prior to undertakings to financial institutions—Plaintiffs clearly bound into fabric of litigation—Not front men, "men of straw" for financial institutions—Plaintiffs having direct, significant interest in results of litigation—Even if only economic interest constituting "real interest" for purpose of test of nominal plaintiff, plaintiffs not nominal as monies recovered if action proceeds might exceed amounts covered by undertakings to financial institutions—Fact court orders relating to individual plaintiff's personal bankruptcy remaining unpaid not constituting "cogent evidence" respondents unable to pay costs, but merely evidence not complying with court orders—No evidence defendant moving to enforce orders—If enforcement measures futile, then cogent evidence reason to believe plaintiffs unable to pay costs if so ordered—Costs in the cause—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 344 (as am. by SOR/87-221, s. 2), 446 (as am. by SOR/90-846, s. 14).

OLYMPIA INTERIORS LTD. v. CANADA (T-1436-92, Gibson J., order dated 15/10/93, 10 pp.)

## DISCOVERY

*Production of Documents*

Application for confidentiality order following filing of defendant's affidavit of documents prior to production thereof for inspection by plaintiffs—Action seeking declaration defendant's Canadian letters patent relating to pharmaceutical formulations of chemical compound (zidovudine) used in treatment of persons suffering from HIV/AIDS invalid and that designated products of plaintiffs not infringing any interest protected by patent—Defendant presenting draft order based on model of protective orders consented to in parallel proceedings in U.S.A.—Plaintiffs not agreeing to such order—Order providing producing party may designate as confidential information believed in good faith to be proprietary or confidential which it desires not to be made public, and to designate as "confidential information—counsel only" any documents or other information of such commercially sensitive nature that disclosure to persons other than those specified would reasonably be expected to result in injury to producing party—Either designation subject to challenge at any time and resolution by Court—Court, of its own motion, may order information designated by producing party not be considered confidential—

**PRACTICE—Continued**

Exceptions relating to information in public domain or received from some other source or developed after disclosures by persons not having access to producing party's confidential information—General principle of Court and its process being open to public scrutiny, including access for public to Court documents fundamental to our justice system—Striking balance between that principle and interests of justice between parties, including *bona fide* commercial and proprietary interests of parties to litigation, leading to practice of providing by protective or confidentiality orders that information obtained in preparation for trial may in appropriate cases be maintained in confidence not accessible to general public in Court's processes—Sufficient demonstration of need for confidentiality order in relation to information to be produced if moving party believes its proprietary, commercial and scientific interests would be seriously harmed by producing information upon which those interests based, particularly at pre-trial preparation stage—Three considerations favouring grant of order basically in terms requested—(1) Those terms reflecting terms of protective orders granted upon consent in parallel litigation in U.S.A. in which parties directly or indirectly involved—Merits reasonably comparable protective orders, provided terms not contrary to principle or practice in this Court—(2) While leaving initiative to producing party to designate what is confidential, order also providing opportunity to receiving party to object to classification as confidential, and Court ultimately controlling declassification of information originally classified as confidential—(3) Court's practice of issuing protective orders in relation to information produced in discovery where party believing in good faith its commercial business or scientific interests associated with trade secrets may be seriously harmed by disclosure open to public access reflecting recognition preparation of litigation belonging to litigants—Confidentiality order in terms sought by defendant and in absence of suggestions for modification of those terms by plaintiffs granted—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448.

APOTEX INC. v. WELLCOME FOUNDATION LTD. (T-3197-90, MacKay J., order dated 27/10/93, 13 pp.)

Motions by each party seeking order requiring other to produce documents included in affidavits of documents filed—Motion by defendant for confidentiality order in relation to documents produced—Action commenced by statement of claim filed December 5, 1990, seeking declarations defendant's Canadian Letters Patent 1,238,277 and each claim thereof invalid—Plaintiffs granted Notice of Compliance from Minister of Health and Welfare, authorizing manufacture and sale in Canada of zidovudine generic drug products—Same parties involved in parallel litigation in U.S.A. involving same chemical components and uses covered by patent in issue—R. 450(1)(b) providing for disclosure in affidavit of documents by party corporation where documents are in possession, power or control of any corporation controlled directly or indirectly by party or by person also directly or indirectly controlling party—Rules, as amended in 1990, intended to ensure full disclosure in advance of trial—Counsel for each party urging affidavit of documents produced by other party deficient in not revealing all relevant documentary information within possession, power or control—R. 448 requiring every party to action to file and serve affidavit of documents as in Form 19—Rule

**PRACTICE—Continued**

intended to assist in determination of truth concerning matters in issue, to narrow issues in dispute and to expedite trial of real issues outstanding—Orders to go 1) directing counsel for each party to assure all relevant documentary information required to be produced is included in affidavits of documents already filed, and if not so, to file supplementary affidavit 2) providing for access forthwith to documents listed in affidavits of documents filed and 3) providing for discovery to be arranged—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15), 450 (as am. *idem*).

APOTEX INC. v. WELLCOME FOUNDATION LTD. (T-3197-90, MacKay J., order dated 27/10/93, 10 pp.)

**PLEADINGS**

Application for production of documents allegedly referred to in statement of claim—R. 407(2) providing copy of every document referred to in pleading shall be served on each party on whom pleading served at same time pleading served or within 30 days unless party waiving right or Court otherwise ordering—Application allowed as to documents referred to in paragraph 6 only i.e. trademark and registered used applications—*Molson Breweries, A Partnership v. Labatt Brewing Co.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 456 (F.C.T.D.), wherein Cullen J. holding R. 407(2) providing form of discovery which confines production of documents referred to, disagreed with—Purpose of R. 407(2) not to get advanced discovery, but to force party to serve document referred to in pleadings—If Cullen J.'s decision agreed with entirely, defendant could request Court to order plaintiffs to produce all of their documents relating to consumer research, development of technology relating to brewing process, purchase of equipment and to advertising of ice-brewed beer in Canada—That there may be documents in existence relating to subject-matter or issues raised in pleading not transforming documents into documents referred to in pleading as provided for by R. 407(2)—Defendant therefore not entitled to obtain copies of documents in plaintiffs' files relating to consumer research—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 407.

JOHN LABATT LTD. v. MOLSON BREWERIES (T-2105-93, Nadon J., order dated 8/10/93, 6 pp.)

**STAY OF PROCEEDINGS**

Application to stay permit issued by respondent Director of Race Track Division of Agriculture Canada to Blue Bonnets until Court rendered judgment on applicant's application for judicial review—Permit issued to hold foreign race separate pool betting from September 1 to October 18, 1993—Judicial review application against Blue Bonnets struck out as latter not "federal board, commission or other tribunal" within meaning of Federal Court Act s. 18.1—On September 18, 1991 Quebec Trotting and Pacing Association (ATAQ) and Blue Bonnets concluded agreement regarding organization, presentation and scheduling of races to be held at Montreal race track—During period of agreement Blue Bonnets obtained permits from Director enabling it to take separate bets on foreign trotting, pacing and flat races—Taking of pari-mutuel bets on horse races prohibited unless authorized by Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations—In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, Supreme Court

**PRACTICE—Continued**

of Canada held rules regarding issuing of interlocutory injunction also applied to application for stay of proceedings—Only “serious” question in case at bar as to interpretation of Regulations s. 94(f)—Director issued permit without requiring proof of agreement within meaning of s. 94(f) as no horseman working under contract to Blue Bonnets on August 25, 1993—He had to issue permit as 1991 agreement not renewed or extended—S. 94(f) clearly providing Blue Bonnets or any other association proposing to conduct foreign race separate pool betting shall execute agreement with “horsemen under contract” to it—In case at bar there were horsemen but on July 13, 1993 horsemen not working for Blue Bonnets—Therefore no serious question to be tried—Applicants took no steps to prevent or seek to prevent presentation of flat races from foreign tracks—They could if they wished participate in races held at race tracks other than Blue Bonnets—Nothing to stop applicants taking part in races at Blue Bonnets until application for judicial review decided—If applicants suffer irreparable harm, harm not result or consequence of permit issued by Director on August 27, 1993—Harm complained of direct consequence of fact no live races at Blue Bonnets—Conducting of foreign race separate pool betting from September 1 to October 18, 1993 essential to at least short-term survival of Blue Bonnets—Balance of convenience not in favour of applicants—Application dismissed—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Pari-Mutuel Betting Supervision Regulations, SOR/91-365, s. 94(f) (as am. by SOR/92-628, s. 4).

QUEBEC TROTTING AND PACING ASSOCIATION v. CANADA (DEPARTMENT OF AGRICULTURE) (T-2200-93, Nadon J., order dated 15/10/93, 18 pp.)

**WITNESSES**

Case involving action for declarations Indian Act unconstitutional as infringing right of Indian bands to determine own membership and imposition of additional members on plaintiff bands interference with Charter freedom of association—Application for permission to travel to hear particular witness and to view two reserves—Federal Court Act, s. 53 permitting commission evidence operating “subject to any rule or order that may relate to matter”—R. 477 permitting taking sworn or affirmed depositions out of courtroom—R. 494(11) permitting Court to inspect any place concerning which any question may arise in proceeding—Motions dismissed—Plaintiffs not invoking R. 477, but seeking, without any supporting evidence, to move Court’s *situs* to another venue so that witness can be heard where she resides, not at place fixed for trial—At pre-trial conference all counsel agreed to apply for commission in usual way, or agree upon method for obtaining testimony of witnesses who by reason of age and/or infirmity unable to testify in ordinary way—Counsel not alleging witness’ infirmity or age, other than that she is 85, nor that she is unable to travel to Edmonton except to say that she declines to travel by airplane—No need demonstrated to relocate trial venue for witness nor to incur cost thereof—*Reference to Canadians for the Abolition of the Seal Hunt v. Minister of Fisheries and the Environment*, [1981] 1 F.C. 733 (T.D.) wherein noted Court not justified in obtaining evidence for parties and cannot conduct own independent investigations to help party—Judge not permitted to speak with anyone at site being viewed—*Triple A*

**PRACTICE—Concluded**

*Investments Ltd. v. Adams Brothers Ltd.* (1986), 23 D.L.R. (4th) 587 (Nfld. C.A.) holding view to help judge better understand evidence given at trial—View must be complete and whole, not selective, in regard to issues raised for determination in litigation—If determination of questions herein affecting all Indian bands affected by 1985 amendments to Indian Act, neither reasonable nor logical to view one or two reserves out of hundreds—Even if typical, Sarcee reserve only one of many—Court having good understanding of evidence—Court not peripatetic surveying institution—View of reserves not necessary to appreciate and understand evidence and testimony—Time taken for view better utilized hearing plaintiff’s witness at trial in courtroom—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 477, 494(11)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 53.

SAWRIDGE BAND v. CANADA (T-66-86, Muldoon J., order dated 18/10/93, 9 pp.)

**PUBLIC SERVICE****PRACTICE**

Application to quash discontinuance filed by counsel for applicant to latter’s application—Applicant dismissed in November 1984 for conflict of interest and influence peddling—Refused to authorize counsel for Public Service Alliance of Canada to withdraw from case and retained services of another counsel, Richard Barbeau—Latter persuaded applicant to authorize counsel to file discontinuance but did not prepare new proceedings he undertook to initiate—Quebec Bar Disciplinary Committee found lawyer Barbeau guilty on two counts in this matter—Applicant applied to Tribunal des professions to have Disciplinary Committee’s decision varied and then to Federal Court unsuccessfully twice to have discontinuance quashed—Tribunal des professions upheld conviction and penalty imposed by Disciplinary Committee—Decision not new fact—Applicant should have filed application as soon as knew of Disciplinary Committee’s decision—Application dismissed.

TEODORESCU v. CANADA (A-734-85, Décaré J.A., order dated 25/10/93, 6 pp.)

**TRADE MARKS**

Application for interlocutory injunction restraining respondent from activities said to be damaging to plaintiffs’ interests and rights in registered trade mark ROGAINE—Trade mark ROGAINE registered in association with pharmaceutical preparation, topical dermatological used as hair growth stimulant—Defendant Apotex company incorporated in Canada manufacturing and selling generic pharmaceutical products—In September 1991, Notice of Compliance issued to Apotex by Minister of National Health and Welfare for minoxidil topical solution APO-GAIN—At time of hearing, APO-GAIN product not shipped by Apotex for sale in Canada—APO-GAIN said to infringe plaintiffs’ trade mark under Trade-marks Act, s. 20—Plaintiffs also alleging passing off on part of defendant contrary to Act, s. 7(b)—In application for interlocutory injunc-

**TRADE MARKS—Continued**

tion, standard to be applied set out by Court of Appeal in *Turbo Resources Ltd. v. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 F.C. 451—Threshold test whether applicant established serious issue to be tried—In *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.*, [1992] 3 S.C.R. 120, SCC holding likelihood of confusion among consumers should be taken into consideration in passing off action in relation to trade mark for prescription drug—Decision supporting plaintiffs' submission as to serious issues raised herein—In light of all differences between parties, serious issues raised for consideration at trial—In action to protect trade mark interests, presumption of irreparable harm not basis for interlocutory injunction—Evidence of irreparable harm essential—Evidence insufficient if speculative—No evidence of actual confusion—Plaintiffs' evidence not establishing irreparable harm, pending trial, not adequately compensated in monetary damages if successful at trial—Mark adopted by defendant not identical with plaintiffs'—Concern about possible adverse effects upon plaintiffs' reputation if defendant's product defective or ineffective for patients clearly speculative—Loss between date of hearing of application and trial could be adequately compensated by damages reasonably calculated in usual manner of court or by accounting of defendant's profits—Defendant would not suffer irreparable harm if injunction now awarded—Loss to defendant would be adequately compensated in damages—Maintenance of *status quo* going against injunction at present stage of proceedings—Balance of convenience not favouring grant of interlocutory injunction

**TRADE MARKS—Concluded**

—Application dismissed—Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7, 20.

UPJOHN CO. v. APOTEX INC. (T-1357-92, MacKay J., order dated 4/11/93, 19 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application to set aside Umpire's decision holding under new Unemployment Insurance Act, s. 30(6) and (7), Unemployment Insurance Commission has power and duty to determine whether reduction in benefit rate applies to all or part of remaining period—Commission interpreted new subsections as if imposing duty to automatically reduce benefit rate throughout remaining period once weeks of disqualification elapsed—Under s. 30(6), prescribed rate 50 percent and none other—50 percent rate applying "for the weeks of unemployment determined under subsection (7)"—S. 30(7), and reference to it in s. 30(6), only meaningful if Commission vested with additional power to determine how long rate reduction will apply—Nothing in s. 30(7) to suggest concept of non-retroactivity—Twofold penalty imposed on claimant where basis for disqualification does not have rigour suggested by applicant—Application dismissed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 30 (as am. by S.C. 1990, c. 40, s. 22).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ARCHAMBAULT (A-1124-92, Décaré J.A., judgment dated 4/11/93, 8 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demande présentée en vertu de l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information en vue du contrôle de la décision par laquelle l'intimé a refusé de communiquer certaines parties de fiches de signature du Ministère demandées par le requérant—Le requérant exerce la profession de conseiller et de demandeur en matière d'accès à l'information—Il a demandé les fiches de façon à obtenir le nom des employés qui effectuaient des heures de travail supplémentaires—L'intimé a accepté de communiquer les fiches, mais a supprimé les noms, numéros d'identification et signatures des employés—Question de savoir si l'intimé a commis une erreur en concluant que les noms figurant sur les fiches constituaient des renseignements personnels au sens de la Loi sur la protection des renseignements personnels—Les réponses données par le ministère des Finances et par le commissaire à l'information ne tenaient pas compte du droit applicable en l'espèce—Les noms figurant sur les fiches ne sont pas visés par les art. 3b), c), ou i) de la Loi sur la protection des renseignements personnels ou dans le cadre général du reste de la disposition—L'art. 3i) traite expressément des noms—Lorsqu'une disposition légale traite expressément d'un terme précis, les autres expressions plus générales, énoncées dans des dispositions voisines, sont réputées exclure le terme en question—L'expression «antécédents professionnels» figurant à l'art. 3b) ne comprend pas des renseignements détaillés sur le travail supplémentaire effectué—Lorsqu'on se demande si des renseignements constituent des «renseignements personnels», il convient d'accorder le bénéfice du doute à l'interprétation qui favorise la communication des renseignements—Question de savoir si la caractéristique dominante des renseignements demandés est d'une nature «personnelle» ou professionnelle—Les renseignements figurant sur les fiches de signature sont d'une nature principalement professionnelle et non personnelle—L'intention du législateur était que seuls des types fort restreints et précis de renseignements constituaient des «renseignements personnels» et qu'il faudrait communiquer la plupart des renseignements émanant de l'État—Demande accueillie—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 41—Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3.

DAGG C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES) (T-2662-91, juge Cullen, ordonnance en date du 8-11-93, 12 p.)

## ALIMENTS ET DROGUES

Demande visant à l'obtention d'une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de délivrer un avis de conformité (ADC) pour chaque dose du médicament appelé Apo-Enalapril—Les intimées cherchent à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer l'ADC—Merck est titulaire d'une licence exclusive à l'égard de l'énalapril en vertu d'un brevet valide interdisant la fabrication non autorisée du médicament—Avant de vendre un nouveau médicament, le fabricant pharmaceutique doit obtenir un ADC du ministre—Il doit soumettre une présentation de drogue nouvelle (PDN)—Si celle-ci est satisfaisante, le ministre délivre l'ADC—En 1990, Apotex a demandé qu'un ADC soit délivré pour l'Apo-Enalapril—En 1991, l'intimée a intenté une action en contrefaçon de brevet—Le 3 février 1993, l'examen de la PDN était terminé et la délivrance de l'ADC a été recommandée—Le 4 février, soit le jour où l'autorité compétente a reçu l'ADC pour signature, la Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets a reçu la sanction royale—La plupart des dispositions entraient en vigueur le 15 février—La disposition conférant le pouvoir de réglementation (art. 55.2) entrait en vigueur le 12 mars—Des règlements ont été pris en vertu de la Loi, lesquels modifiaient radicalement la procédure d'obtention de l'ADC—Ils interdisaient essentiellement au ministre de délivrer un ADC pour un médicament breveté tant que les brevets y afférents n'étaient pas tous expirés—L'autorité compétente et le ministre ont demandé un avis juridique au sujet de la façon de procéder—Demande visant à l'obtention d'une ordonnance de *mandamus* accueillie; demande visant à l'obtention d'une ordonnance de prohibition rejetée—Le ministre possède un pouvoir discrétionnaire, dans le cadre de la procédure d'approbation de la PDN prévue par le Règlement sur les aliments et drogues (RAD), mais ce pouvoir n'est pas absolu—L'étendue du pouvoir discrétionnaire est strictement limitée à l'examen des facteurs pertinents aux fins du RAD en ce qui concerne la procédure d'approbation des nouveaux médicaments devant être commercialisés au Canada—Le pouvoir est limité à la détermination de la question de savoir si l'examen de la PDN effectué par la Direction générale de la protection de la santé (DGPS) établit l'innocuité et l'efficacité du médicament—Dans l'affirmative, les autres considérations extrinsèques ne sont pas pertinentes—Le ministre n'a pas le droit de refuser de délivrer l'ADC en se fondant sur les modifications qu'on prévoit apporter à la loi—La procédure d'approbation de la PDN vise à déterminer l'innocuité et l'efficacité du médicament en

**ALIMENTS ET DROGUES—Fin**

cause—La proposition selon laquelle même lorsque les fonctionnaires de la DGPS considèrent le médicament comme étant sûr et efficace, la PDN peut encore faire l'objet d'un refus de délivrance de l'ADC pour le motif que le contenu ne satisfait toujours pas le ministre, et ce, pour des motifs autres que l'innocuité et l'efficacité, est incompatible avec l'esprit du RAD et va à l'encontre du but recherché—Le RAD ne prévoit pas et n'autorise pas l'exercice par le ministre d'un pouvoir discrétionnaire étendu dans le cadre de la procédure d'approbation de la PDN—Ni le ministre ni son délégué n'ont le pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer l'ADC à Apotex pour d'autres motifs—Cela est conforme à l'avis exprimé dans *Glaxo Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 1 C.F. 422 (1<sup>re</sup> inst.) et dans *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et autres)* (1986), 12 C.P.R. (3d) 438 (C.A.F.)—Le ministre aurait principalement dû se préoccuper des questions relevant de sa compétence, plutôt que d'attendre d'avoir un avis juridique sur des questions extra-ministérielles—La justification concernant l'obtention d'un avis juridique peut être sans limite—Le ministre n'était pas certain que le Règlement serait promulgué le 12 mars—En théorie, le Règlement aurait bien pu ne pas encore être en vigueur—Le fait que le législateur n'a pas expressément prévu le cas d'une demande d'ADC menée à terme pendant la période transitoire renforce l'avis selon lequel l'ADC aurait dû être traité en vertu du RAD—Du 4 février au 12 mars, le RAD était en vigueur et l'ADC concernant Apotex était prêt à être signé, alors que la disposition de réglementation n'était pas encore en vigueur—Le retard du ministre, lorsqu'il s'est agi de délivrer l'ADC, n'était pas justifié—Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27—Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.001, C.08.002, C.08.004 (mod. par DORS/88-42, art. 1)—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4)—Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets, L.C. 1993, ch. 2, art. 12—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4, 5, 7—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 43.

APOTEX INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-3099-92, T-427-93, juge Dubé, ordonnance en date du 16-7-93, 28 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Requête en annulation d'une décision du juge-arbitre qui a jugé que la Commission d'assurance-chômage a, en vertu des nouveaux art. 30(6) et 30(7) de la Loi sur l'assurance-chômage, le pouvoir et le devoir de déterminer si la réduction du taux de prestations s'appliquera à tout ou partie de la période qui reste à courir—La Commission a interprété ces nouveaux paragraphes comme s'ils lui imposaient l'obligation de réduire automatiquement le taux de prestations qui reste à courir une fois les semaines d'exclusion écoulées—Le taux que prescrit l'art. 30(6) est de 50 % et nul autre—Ce taux de 50 % s'applique «pour les semaines de chômage déterminées en conformité avec le paragraphe (7)»—L'art. 30(7), et le renvoi qui y est fait à l'art. 30(6), n'ont de sens que si la Commission est investie du pouvoir additionnel de déterminer pendant

**ASSURANCE-CHÔMAGE—Fin**

combien de temps s'appliquera la réduction du taux—Il n'y a rien, dans l'art. 30(7), qui évoque l'idée de non-rétroactivité—La double pénalité imposée au prestataire, lorsqu'il y a matière à exclusion, n'a pas la sévérité qu'y voit la requérante—Demande rejetée—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 30 (mod. par L.C. 1990, ch. 40, art. 22).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ARCHAMBAULT (A-1124-92, juge Décar, J.C.A., jugement en date du 4-11-93, 8 p.)

**BREVETS**

Injonctions—Demande en vue de l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de fabriquer, d'importer, d'exporter, de vendre ou d'offrir en vue de la vente au Canada de l'énalapril et du maléate d'énalapril, en vrac ou en comprimés, en violation des droits conférés par les lettres patentes canadiennes 1,275,349, ou en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à la défenderesse de tenir une comptabilité à l'égard de tout l'énalapril et de tout le maléate d'énalapril qu'elle a en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde—La demanderesse Merck Frosst met en marché des comprimés de maléate d'énalapril, au Canada, sous la marque de commerce VASOTEC—Le VASOTEC est le médicament le plus fréquemment prescrit pour le traitement de l'hypertension et de l'insuffisance cardiaque globale au Canada—La défenderesse Apotex est le plus important producteur de médicaments de prescriptions génériques au Canada, fabriquant et vendant des médicaments inventés par d'autres—En mars 1991, Merck a appris que des comprimés d'énalapril, qu'elle n'avait pas fabriqués, faisaient leur apparition dans les Caraïbes—Les comprimés d'APO-ÉNALAPRIL d'Apotex ont généralement la même grosseur, la même forme, la même couleur et la même concentration que les comprimés correspondants de VASOTEC de Merck Canada—En septembre 1991, les demanderesse ont intenté contre Apotex une action en contrefaçon du brevet de Merck—Le juge Dubé a ordonné au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer l'avis de conformité demandé par Apotex à l'égard de l'APO-ÉNALAPRIL et a rejeté la demande que Merck avait présentée en vue d'obtenir une ordonnance de prohibition—Le juge Gibson a suspendu l'ordonnance du juge Dubé jusqu'à l'issue de l'appel que Merck avait interjeté contre la décision de ce dernier—Le juge d'appel Mahoney a accueilli l'appel interjeté par Apotex et a infirmé l'ordonnance de suspension prononcée par le juge Gibson—La défenderesse invoque la chose jugée comme fin de non-recevoir ou l'abus de procédure étant donné que le juge Gibson, au moment de la demande de suspension, a examiné en détail la question du préjudice irréparable dans une instance mettant en cause les mêmes parties, reposant essentiellement sur la même preuve que celle qui a été produite en l'espèce—La Cour d'appel a expressément confirmé cette conclusion—La Cour est tenue d'examiner les éléments de preuve qui ne sont pas tout à fait identiques à ceux présentés au juge Gibson—L'ordonnance rendue par le juge Gibson ne tranche pas les points et arguments soulevés en l'espèce—Le principe de la chose jugée comme fin de non-recevoir n'empêche pas les demanderesse de chercher à obtenir une réparation—L'exigence préliminaire à laquelle doit satisfaire le requérant qui

**BREVETS—Fin**

demande une injonction interlocutoire consiste à démontrer qu'il y a une question sérieuse, c.-à-d. que l'action n'est ni futile ni vexatoire—L'action des demanderesse souève des questions sérieuses qui, en l'absence d'un règlement entre les parties, ne pourront être tranchées que par un procès—Le préjudice qui pourrait découler pour les consommateurs des comprimés d'Apotex n'est qu'hypothétique, étant donné qu'on a délivré à Apotex un avis de conformité l'autorisant à vendre le produit en vue de la consommation au Canada—L'arrivée d'Apotex sur le marché du médicament en cause ne portera pas préjudice à la réputation de principale entreprise innovatrice dans le domaine pharmaceutique, dont jouissent les demanderesse—Les craintes des demanderesse au sujet de la perte d'une part de marché ne sont qu'hypothétiques—Les demanderesse ne subiront pas d'ici à l'instruction de l'affaire un préjudice irréparable qui ne serait pas adéquatement compensé par des dommages-intérêts—Le simple fait qu'il est difficile de calculer précisément les dommages-intérêts ne constitue pas un préjudice qui ne pourrait pas être adéquatement compensé par des dommages-intérêts—Aucun des arrêts cités ne permet de statuer définitivement que des dommages-intérêts ne pourront pas adéquatement compenser, après l'instruction de l'affaire, le préjudice allégué par les demanderesse—Les dommages-intérêts que les demanderesse pourraient obtenir à l'égard de la poursuite par la défenderesse de ses activités pendant l'instance les indemniserait adéquatement—Le redressement subsidiaire réclamé par les demanderesse est tout à fait approprié—La demande visant à l'obtention d'une injonction interlocutoire en attendant la tenue de l'instruction de l'affaire est rejetée—La demande visant à l'obtention d'une ordonnance portant que la défenderesse doit tenir une comptabilité est accueillie.

MERCK & CO. INC. C. APOTEX INC. (T-2408-91, juge MacKay, ordonnance en date du 21-10-93, 28 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle les intimés ont confirmé leur décision antérieure de mettre un terme au traitement de la demande de résidence permanente présentée au Canada—Appuyée par son époux, la requérante, qui est citoyenne des îles Fiji, a présenté au Canada une demande de résidence permanente—En juillet 1991, une demande de dispense de l'application de l'art. 9(1) de la Loi sur l'immigration a été présentée à l'agente d'immigration Yee—L'agente a recommandé la demande de dispense au gouverneur en conseil pour qu'il prenne une décision finale—Des renseignements obtenus par deux agents d'immigration différents ont remis en question l'authenticité du mariage de la requérante—L'agente Yee est revenue sur sa décision de demander une dispense de visa—Selon l'agente Tam, les entrevues séparées menagées avec la requérante et son mari ont permis de relever des contradictions importantes laissant planer un doute sur l'authenticité des rapports entre la requérante et son parrain—Question de savoir si les intimés ont agi équitablement en examinant la demande de la requérante, qui voulait faire traiter au Canada sa demande de résidence permanente—

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—  
Suite**

La requérante était au courant des principaux doutes de l'agente Yee au sujet de l'authenticité du mariage et a eu l'occasion de dissiper ces doutes avant que la décision ne soit confirmée plus de sept mois plus tard—Elle n'a rien fait de concret pour dissiper ces doutes—La requérante était préoccupée par les «renseignements» anonymes et par la «preuve digne de foi» non précisée—Elle a eu l'occasion et le temps de dissiper ces doutes, mais elle n'en a pas tiré parti—Les intimés se sont acquittés de l'obligation qui leur incombait d'agir équitablement en effectuant plusieurs autres entrevues et en engageant un processus de révision—Rien dans la preuve n'indique que l'agent a agi déraisonnablement ou injustement lors de la visite du 16 juillet, ou qu'il a fait preuve de partialité—La non-divulgence de l'origine et de la nature des renseignements anonymes n'est pas une question fondamentale—Demande rejetée.

WRIGHT C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-3042-92, juge Gibson, ordonnance en date du 15-10-93, 14 p.)

**EXCLUSION ET RENVOI***Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'arbitre avait pris une mesure d'expulsion contre le requérant—Le requérant, citoyen malais, avait obtenu un visa d'étudiant qui a expiré le 24 novembre 1991—En juin 1991, le requérant a signalé le vol de certains biens personnels, dont son passeport malais—La demande visant à l'obtention d'un nouveau passeport a été renvoyée au ministère de l'Immigration malais—Avant d'obtenir son nouveau passeport et de demander un document de voyage d'urgence, le requérant a eu une entrevue avec un agent d'immigration—Dans le rapport qu'il a fait en vertu de l'art. 27(2) de la Loi sur l'immigration, l'agent refusait au requérant le droit de demeurer au Canada parce que celui-ci n'avait pas en sa possession un passeport valide ou un document de voyage similaire—L'arbitre a pris la mesure d'expulsion en se fondant sur les art. 19(2)d) et 27(2)a) de la Loi sur l'immigration ainsi que sur l'art. 14(3) du Règlement de 1978 sur l'immigration—Le requérant n'avait pas le droit de venir au Canada ou d'y demeurer—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 4 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 3), 5, 19 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 3), 27 (mod., *idem*, art. 4)—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 14 (mod. par DORS/83-339, art. 2).

KOK C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-2779-92, juge Joyal, ordonnance en date du 28-10-93, 6 p.)

**STATUT AU CANADA***Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire visant à l'annulation de la conclusion tirée par le tribunal chargé d'établir l'existence d'un minimum de fondement, à savoir que l'intimé avait établi que sa revendication avait un minimum de fondement—Demande fondée sur ce que le tribunal avait refusé à l'intimé la possibilité de présenter une preuve au sujet de sa crédibilité

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

personnelle et au sujet des changements qui s'étaient produits aux Philippines—Il a été conclu que la revendication de l'intimé avait un minimum de fondement, et que celui-ci pouvait demander la résidence permanente depuis le Canada—L'arbitre a jugé inutile d'entendre la déposition du témoin en vue de corroborer celle de l'intimé étant donné qu'il avait déjà décidé que l'intimé satisfaisait au critère préliminaire concernant la crédibilité—La question dont le tribunal était saisi était non seulement de savoir si l'intimé avait satisfait au critère préliminaire concernant la crédibilité, mais aussi si, en 1992, la situation aux Philippines était fondamentalement différente—Les changements qui se sont produits dans un pays se rapportent à la question de savoir si une personne peut légitimement maintenir sa revendication—La décision de l'arbitre était prématurée—Erreur de droit, déni de l'équité procédurale, violation de l'art. 46(3) de la Loi sur l'immigration—Demande accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1), 46(3) (mod., *idem*, art. 14).

CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) C. ALBERTO (T-2402-92, juge Joyal, ordonnance en date du 1-11-93, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen cubain, a revendiqué le statut de réfugié au Canada alors qu'il rentrait en avion à Cuba—La Commission a conclu que le requérant n'était pas un véritable réfugié étant donné que la crainte de celui-ci était principalement fondée sur un acte intéressé, soit les dénonciations du régime cubain qu'il avait faites sur les ondes de Radio Marti, acte qui visait à faciliter l'obtention du statut de réfugié—La peine prévue dans le cas d'une sortie illégale en vertu de la loi cubaine n'est pas plus excessive que celle qui était en cause dans *Valentin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 390 (C.A.)—La législation cubaine sur la sortie du territoire n'est pas plus intrinsèquement politique que la loi tchécoslovaque—Les membres de la Commission n'ont pas considéré la loi cubaine sur la sortie du territoire comme ayant en soi un but de persécution—L'enquête menée par la Commission sur la motivation du requérant l'a amenée à conclure que celui-ci ne craignait pas subjectivement d'être persécuté—Le requérant n'était pas de bonne foi en présentant sa revendication—La Commission a correctement examiné les éléments de preuve dont elle disposait et elle a appliqué le critère approprié en statuant sur la demande—Demande rejetée.

HERRERA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-615-92, juge Noël, ordonnance en date du 19-10-93, 4 p.)

Demande de contrôle de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant est un citoyen cubain—Il a été expulsé de l'URSS, où il étudiait, pour avoir critiqué le régime existant à Cuba—À son arrivée à Gander (T.-N.), il a revendiqué le statut de réfugié—La peine la moins sévère prévue par les lois cubaines en cas de sortie illégale est l'amende, la plus sévère étant une peine de trois ans d'emprisonnement—La Commission a con-

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

clu que le requérant n'avait pas démontré qu'il avait raison de craindre d'être persécuté puisqu'il n'avait pas fait l'objet de persécution par le passé et que sa sortie illégale de Cuba ne constituait pas en soi un motif de crainte justifiée d'être persécuté—Le requérant allègue que la Commission s'est méprise dans l'application qu'elle a faite de l'arrêt *Valentin c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 390 (C.A.)—À première vue, la Commission a bien appliqué le motif essentiel énoncé dans *Valentin*—Le requérant soutient que, dans l'arrêt *Valentin*, la Cour n'a pas tranché la question de savoir si l'imposition d'un châtiment excessif pour une sortie illégale constitue un motif raisonnable de crainte d'être persécuté—Il allègue que la Commission a violé l'obligation qu'elle avait de vérifier si le châtiment, en l'espèce, était excessif—En ce qui concerne l'arrêt *Valentin*, on ne saurait faire une distinction fondée sur la nature du châtiment lui-même, mais la Commission aurait dû tenir compte de l'argument selon lequel les mauvais traitements infligés aux membres de la famille du requérant par les autorités cubaines, par suite de la défection de celui-ci, constituaient un châtiment extrajudiciaire—La Commission n'a pas fait mention de la preuve selon laquelle le père du requérant, qui est malade, pourrait être affecté à des travaux dans les champs et que l'emploi qu'il a exercé pendant 30 ans pourrait être compromis et du fait que sa mère a été rétrogradée parce qu'elle était considérée comme peu fiable—Dans l'arrêt *Valentin*, le caractère isolé de la peine et l'absence de lien direct entre celle-ci et les opinions politiques du contrevenant constituaient les facteurs déterminants—En l'espèce, les éléments de preuve tendant à démontrer que le requérant a subi des conséquences en plus de celles que comporte la peine prévue par la loi laissent entendre qu'il y a un élément de répétition et d'acharnement dans la façon dont les autorités cubaines traitent la famille du requérant, et qu'il existe un lien direct entre le fait que le requérant a défié les lois et le traitement infligé à sa famille—Si, comme il est allégué, les autorités ont pris la famille du requérant pour cible, il y a lieu de se demander si les agissements des autorités cubaines ont un caractère persécuteur et, dans l'affirmative, si le requérant pourrait raisonnablement craindre de subir un sort similaire—Le fait que la Commission n'a pas soupesé la preuve en examinant la revendication du requérant constitue une erreur ouvrant droit au contrôle judiciaire.

CASTANEDA C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION) (A-805-92, juge Noël, ordonnance en date du 19-10-93, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Conclusion fondée sur la nouvelle situation au Salvador—L'exposé du critère du statut de réfugié au sens de la Convention que la Commission a fait est exact—Le requérant craignait la conscription forcée dans l'armée salvadorienne ainsi que le harcèlement de la part des guérilleros—Le 31 décembre 1991, les guérilleros et le gouvernement salvadorien ont signé un traité de paix—Le raisonnement qui a été fait dans *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Obsoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.), n'entre pas en conflit avec celui qui a été adopté dans *Hassan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 147 N.R. 317 (C.A.F.)—Selon l'arrêt



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION— Suite

*Obstoj*, les questions soulevées à l'art. 2(2) de la Loi sur l'immigration devraient être examinées lorsqu'on détermine si les conditions d'obtention du statut de réfugié au sens de la Convention énoncées à l'art. 2(1) de la Loi sont remplies—Si les conditions énoncées à l'art. 2(2) existent, la personne en cause n'a pas droit au statut de réfugié—Les conditions énoncées à l'art. 2(2) sont un sous-ensemble d'un plus grand concours de circonstances où le statut n'aura pas sa raison d'être—Le tribunal n'a pas commis d'erreur en tenant compte de la nouvelle situation du pays sans au préalable déterminer si les conditions de la perte du statut sous le régime de l'art. 2(2)e) étaient remplies—La preuve documentaire révèle que des doutes ont été exprimés au début du processus au sujet de la durabilité éventuelle de l'accord de paix, mais non dans les publications ultérieures—La Commission n'a pas commis d'erreur relativement à son évaluation des éléments de preuve ou aux conclusions tirées de ceux-ci, laquelle pourrait justifier l'annulation de sa décision—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2.

VILLALTA C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (A-1091-92, juge Reed, ordonnance en date du 8-10-93, 10 p.)

### *Résidents permanents*

Demande d'annulation de la décision par laquelle un agent des visas, à Hong Kong, a rejeté la demande de résidence permanente présentée dans la catégorie des «retraités»—La demande de résidence permanente a été présentée le 31 décembre 1990, malgré le fait que la requérante n'aurait 55 ans que le 29 mars 1992—La catégorie des «retraités» a été abolie par le DORS/91-433 à compter de minuit, le 2 août 1991—La demande a été examinée le 31 mars 1992—L'agent des visas a décidé que la requérante n'avait pas les qualités d'un «retraité» puisqu'elle ne satisfaisait pas à l'exigence relative à l'âge au moment où la demande avait été présentée ou avant qu'il n'ait été mis fin à cette catégorie—L'art. 2 du Règlement dit que le «retraité» désigne un immigrant qui a au moins 55 ans et qui n'a pas l'intention de chercher ou d'accepter un emploi au Canada—Demande rejetée—La requérante n'était pas une «retraitée» à minuit, le 2 août 1991, ou à la date du dépôt de sa demande—L'«âge de l'intéressé» est le seul facteur absolument déterminant permettant l'examen d'une demande présentée dans l'ancienne catégorie des «retraités»—La requérante ne pouvait faire examiner sa demande selon cette catégorie qu'au moment où elle avait atteint l'âge requis—Le DORS/91-433 éliminait son droit de faire examiner sa demande selon cette catégorie lorsqu'elle atteindrait par la suite l'âge de 55 ans—Les intimés n'appliquaient rétroactivement la modification que si le requérant avait atteint l'âge de 55 ans avant le 3 août 1991—Bien que la demande eût été déposée par la Commission, elle n'était pas complète—La demande de visa d'immigrant est présentée «à partir du moment où est engagé en bonne et due forme le processus aboutissant à la délivrance du visa ou au refus de le délivrer»—Puisque la requérante n'était pas admissible à un examen fait selon la catégorie des «retraités», le dépôt de la demande n'a pas engagé le processus aboutissant à la délivrance du visa ou au refus de le délivrer, de manière à donner lieu au droit de faire examiner la demande conformément aux dispositions relatives à la retraite telles qu'elles existaient à cette date—Il n'y a pas eu manque d'équité

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

procédurale étant donné que la requérante n'avait pas droit à une entrevue—À la date de l'examen de la demande, la catégorie des retraités n'existait plus—L'agent des visas n'avait pas à aborder les questions posées par l'art. 8(1)e) du Règlement parce que ces dispositions n'étaient plus en vigueur—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 114—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 2 (mod. par DORS/91-433, art. 1), 8 (mod., *idem*, art. 3).

CHAN C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-1256-92, juge Rouleau, ordonnance en date du 14-10-93, 8 p.)

Demande d'annulation de la décision par laquelle l'intimé a rejeté une demande de résidence permanente—L'avocate de la requérante a tenté d'inscrire la demande de résidence permanente sous la catégorie «retraité» au consulat général du Canada, à Los Angeles, à 15 h 30, le lundi 5 août 1991—Elle a été informée que la catégorie était abolie depuis le 3 août 1991, mais que la demande serait acceptée pour une évaluation sous les catégories encore en vigueur—La demande a été estampillée comme ayant été reçue le 3 août 1991—Par une lettre datée du 30 octobre 1991, la requérante a été avisée que la catégorie «retraité» était abolie depuis minuit le 2 août 1991—La requérante allègue que les intimés ont commis une erreur de droit en n'examinant pas la demande sous la catégorie «retraité», puisque l'art. 26 de la Loi d'interprétation prévoit que le délai qui expirerait normalement un jour férié est prorogé jusqu'au premier jour non férié suivant—Demande rejetée—Même si le 3 août 1991 n'avait pas été un jour férié, la demande de la requérante aurait été présentée en dehors du délai, si elle avait été déposée à l'ouverture des bureaux le 3 août 1991, puisque la catégorie «retraité» était abolie depuis minuit, le 2 août 1991—La modification du Règlement par laquelle la catégorie était abolie (DORS/91-433) a été publiée dans la Gazette du Canada du 3 juillet 1993—En vertu de l'art. 114(3) de la Loi sur l'immigration, le DORS/91-433 est entré en vigueur à minuit, une minute, le 3 août 1991—La catégorie a cessé d'exister avant l'heure ordinaire d'ouverture des bureaux—De plus, même si la demande avait été déposée dans les délais, la requérante n'aurait pas été admissible sous la catégorie «retraité» puisqu'elle n'avait pas encore atteint l'âge requis de 55 ans—Loi d'interprétation, L.C.R. (1985), ch. I-21, art. 26—Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73), 114—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172, art. 2 (mod. par DORS/91-433, art. 1), 8 (mod., *idem*, art. 3)—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 1606(1) (édicte par DORS/92-43, art. 19), 1617 (édicte, *idem*).

KUE C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-2829-92, juge Rouleau, ordonnance en date du 14-10-93, 7 p.)

## COURONNE

### RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

Demande de radiation de la déclaration fondée sur l'omission de révéler une cause raisonnable d'action—Un syndicat de placement administré par le secteur privé, Western Opportunities Ltd., avait reçu l'autorisation du ministre de participer

**COURONNE—Fin**

activement au programme d'immigration des investisseurs— Dans la déclaration, il est allégué que deux médecins résidant à Hong Kong, qui étaient admissibles en vertu du programme d'immigration des investisseurs et qui avaient investi dans la compagnie demanderesse, s'étaient vu refuser un visa sans avoir bénéficié d'une entrevue—On avait refusé d'accorder les entrevues parce que les médecins seraient incapables de démontrer qu'ils contrôlaient ou dirigeaient une affaire ou entreprise commerciale florissante—Les demanderesses allèguent que les préposés de la Couronne ont appliqué des critères invalides ou arbitraires incompatibles avec la politique du ministère de l'Immigration—Elles allèguent que la conduite des fonctionnaires était négligente et que ceux-ci ont manqué à leur devoir de prudence—Elles allèguent également que les agents des visas connaissaient le rapport entre les requérants et les demanderesses et qu'ils auraient dû savoir que ces dernières seraient lésées par la prévarication des défendeurs—On affirme que les demanderesses ont subi une perte de profit étant donné que la conduite des agents d'immigration a entraîné la diminution du nombre des participants possibles au programme des investisseurs—Les défendeurs soutiennent qu'une perte purement économique ne suffit pas à fonder une action en dommages-intérêts, qu'il n'y avait aucun devoir de prudence et qu'on n'y a pas dérogé, et ils invoquent l'absence de prévisibilité—Demande rejetée—Il n'est pas clair et évident qu'il n'existe aucune cause d'action—La violation d'une loi n'entraîne pas automatiquement une responsabilité délictuelle, mais les actes qui constituent une violation par le ministre d'une obligation légale peuvent également constituer une négligence ouvrant droit à une poursuite.

WESTERN OPPORTUNITIES LTD. C. CANADA (T-3131-92, juge Rouleau, ordonnance en date du 16-9-93, 4 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LES DOUANES**

Appel au moyen d'une action, conformément à l'art. 135 de la Loi sur les douanes, contre les décisions du ministre relatives à deux confiscations ordonnées à la suite de deux saisies effectuées par Douanes et Accise—La première confiscation concernait des marchandises saisies en application des art. 110 et 122 de la Loi—La seconde confiscation était une «confiscation compensatoire» fondée sur l'art. 124—La demanderesse cherche à obtenir un jugement déclaratoire portant qu'elle a droit à la restitution des sommes confisquées, une ordonnance annulant les décisions du ministre, compte tenu de l'iniquité constatée dans la procédure d'évaluation des montants devant être confisqués, et un jugement déclaratoire portant qu'elle n'est tenue de payer aucune amende administrative et qu'elle a droit aux intérêts sur tout montant payé en trop—Au titre de ses engagements envers Atlantic Container Lines, consortium international de transport maritime transatlantique par conteneurs, la demanderesse assure la réparation des conteneurs à température contrôlée employés dans le transport international

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

—Il s'est avéré impossible pour le service technique de s'acquitter de ses tâches régulières et de s'occuper en même temps de la paperasserie que comportent l'importation, le paiement des droits et taxes sur les pièces devant être installées dans les conteneurs en vue de l'exportation, et la présentation des demandes de drawback—De son propre chef, l'employé de la demanderesse importait les pièces sans remplir les documents de douane nécessaires—Il n'avait pas l'intention de priver Revenu Canada de quelque droit ou taxe—En avril 1986, Douanes et Accise a saisi trois pièces entreposées au terminus de la demanderesse, à Halifax, lesquelles n'avaient pas été déclarées à la douane lorsqu'elles avaient été importées—Le bureau de Halifax n'était pas au courant de l'existence de ces pièces, et croyait qu'on les lui avait envoyées par erreur—Une amende de 100 \$ a été infligée et payée—Le 17 août 1987, Douanes et Accise a saisi des pièces de rechange dans les stocks de la demanderesse, alléguant que les pièces avaient été importées en contrebande ou qu'elles n'avaient pas été déclarées, en violation de l'art. 12—Aux termes de l'art. 122, les marchandises saisies à titre de confiscation pour contravention à la Loi ou aux règlements sont confisquées à compter du moment de l'infraction—La demanderesse a payé 41 424,80 \$ sous toute réserve afin d'obtenir le dédouanement des pièces conformément à l'art. 117a(ii)—Ce montant comprenait une amende égale à trois fois le montant des droits et taxes impayés, calculée au moyen d'un tableau du Manuel de l'exécution des douanes pour une récidive de contrebande—En considérant l'incident comme une récidive, Douanes et Accise a assimilé à une première infraction celle commise en 1986—La demanderesse a demandé une décision du ministre en application de l'art. 129—Se fondant sur les renseignements fournis par la demanderesse au sujet des autres pièces non déclarées, Douanes et Accise a signifié un second avis de saisie daté du 17 septembre 1987, et a exigé la somme de 112 360,70 \$ pour confiscation en application de l'art. 124—La demanderesse a de nouveau payé la somme sous toute réserve et a de nouveau demandé au ministre de rendre une décision au sujet de la confiscation compensatoire, conformément à l'art. 129—L'arbitre a conclu que la saisie qui avait été effectuée le 17 août découlait du fait que les marchandises n'avaient pas été déclarées, mais qu'il s'agissait d'une récidive, et que la confiscation compensatoire découlait du fait que les marchandises avaient été importées en contrebande, mais que ce n'était pas une récidive—Par des avis datés du 6 mai 1988, le ministre a décidé qu'il y avait eu contravention à la Loi et aux règlements, mais il a réduit le montant de l'amende à l'égard de chaque confiscation à un montant égal à deux fois le montant des droits et taxes non payés—La demanderesse a reçu les décisions du ministre le 13 mai 1988—L'art. 135 exige que la personne qui a demandé au ministre de rendre une décision en vertu de l'art. 131 en appelle, dans les 90 jours suivant la communication de la décision, par voie d'action devant la Section de première instance de la Cour fédérale—La déclaration déposée le 5 août 1988 ne visait que la décision rendue par le ministre à l'égard de la saisie du 17 août—Le 10 août, la demanderesse a informé le défendeur qu'elle avait l'intention de déposer une déclaration modifiée concernant les deux décisions du ministre—La déclaration modifiée a été déposée le 15 août 1988—(1) Le défendeur a allégué que l'appel de la décision que le ministre avait rendue au sujet de la confiscation compensatoire n'avait pas été interjeté dans le délai de 90 jours fixé à l'art. 135 en vue de

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

l'introduction d'une action—En vertu de l'art. 149, il y a eu notification effective le 9 mai 1988, mais même si la date de réception était la date de notification effective, la déclaration modifiée a été déposée après le délai prévu à l'art. 135(1)—L'art. 135(2) prévoit que les Règles de la Cour «applicables aux actions ordinaires s'appliquent aux actions intentées en vertu du paragraphe (1)»—L'action a été intentée par voie de déclaration déposée le 5 août, aussi défectueuse soit-elle—La demanderesse avait le droit de modifier la déclaration sans permission puisqu'au moment où elle l'a fait, les défendeurs n'avaient pas présenté de plaidoiries à l'encontre de la déclaration originale conformément à la Règle 421(1)—Le défendeur n'a pas contesté la modification conformément à la Règle 422 ou à la Règle 419—Les Règles 424 et 427 conférant à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser les modifications dans les cas appropriés n'entrent pas directement en ligne de compte étant donné qu'aucune requête n'a été présentée devant la Cour pour que cette dernière permette la modification—Normalement, les modifications apportées aux plaidoiries sont réputées prendre effet à la date de la plaidoirie initiale, soit le 5 août, à moins que la modification ne soit irrecevable du fait qu'elle aurait fait l'objet d'une requête en modification de la déclaration initiale, en application des Règles 424 et 427—La cause d'action concernant la décision que le ministre a rendue à l'égard de la confiscation compensatoire se prête aux modifications visées à la Règle 427 à titre de nouvelle cause d'action relative à une seconde décision du ministre, et du fait qu'elle ne figurait pas dans la déclaration initiale—Elle découle essentiellement des mêmes faits que ceux qui étaient à l'origine de l'autre saisie, c.-à-d. la cause d'action à l'égard de laquelle une réparation est déjà demandée—Les actions sont fondamentalement identiques, l'amende applicable à la confiscation effective et à la confiscation réelle conformément au Manuel de l'exécution est la même—Le défendeur ne pourrait pas alléguer avoir été pris par surprise ou avoir subi un préjudice par suite de la modification—Si une requête était présentée pour que la Cour autorise une modification, il serait conforme à l'intérêt de la justice de l'autoriser en application des Règles 424 et 427—La déclaration modifiée est admise pour former le cadre de tous les chefs de demande dans l'action et les modifications prennent effet à la date du dépôt de la déclaration initiale, c.-à-d. dans le délai fixé à l'art. 135—(2) L'art. 135, qui prévoit pour celui qui a demandé une décision le droit d'interjeter appel exclut en vertu de l'art. 131 tout appel contre une décision rendue en application de l'art. 133—L'art. 135 autorise l'appel contre la décision que rend le ministre en application de l'art. 131, qui ne prévoit une décision qu'à l'égard de la question de savoir s'il y a eu infraction à la Loi ou aux règlements—La clause privative prévue par les art. 123 et 127 ne prévoit la révision de la confiscation des marchandises saisies ou de l'argent retenu à titre de confiscation «que dans la mesure et selon les modalités prévues à l'art. 129»—L'art. 129 prévoit la possibilité de demander au ministre de rendre une décision conformément à l'art. 131—Tout appel, qu'il soit adressé au Ministère, en application de l'art. 129, pour demander une décision du ministre, ou formé contre cette décision devant la Cour, en application de l'art. 135, pour demander la révision de la décision visée à l'art. 131, à savoir s'il y a eu contravention à la Loi ou aux règlements, est limité—Protéger de tout appel l'amende imposée dans le cas où il y a eu contravention à la Loi a pour effet de perpétuer un régime établi de

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

longue date en vertu des lois sur les douanes passées—Le pouvoir discrétionnaire que possède le ministre relativement aux amendes n'est pas illimité—La Loi et les règlements prévoient un maximum pour les amendes—La Cour n'a pas compétence, en vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, pour examiner la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire d'imposer une amende pour contravention à la Loi a été exercé conformément aux règles de droit—La situation est anormale étant donné que la Loi sur les douanes prévoit la possibilité d'interjeter appel de la décision du ministre par voie d'action dans les 90 jours qui suivent la notification de la décision, et que la Loi sur la Cour fédérale exige que le recours soit exercé par voie de demande de contrôle judiciaire dans les 30 jours qui suivent la date de la décision—Il y aurait peut-être lieu pour le législateur de se demander s'il faut soumettre les deux genres de décisions du ministre, prévues aux art. 131 et 133, à la même procédure, par voie d'appel ou par voie de demande de contrôle judiciaire—(3) La demanderesse pouvait invoquer le recours prévu à l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale en vigueur lorsqu'elle a intenté l'action compte tenu de l'iniquité constatée de la procédure suivie par la Division de l'arbitrage agissant au nom du ministre—Avant les décisions en cause, les rapports et la correspondance des agents des douanes chargés des saisies n'étaient pas communiqués à la demanderesse—Il n'y a eu communication des procédures d'exécution des Douanes qu'après l'introduction de l'action—La procédure suivie n'était pas conforme à l'obligation d'équité qui incombe au ministre—La Division de l'arbitrage n'a pas communiqué à la demanderesse les renseignements ou preuves sur lesquels elle s'était fondée pour rendre ses décisions, et la demanderesse n'était pas pleinement informée des faits ou charges relevés contre elle—Les premiers rapports de saisie des agents des douanes et toutes observations subséquentes qu'ils auraient faites, en particulier celles qui portaient sur les arguments présentés par la demanderesse, auraient dû être communiqués à cette dernière, qui aurait dû être en mesure d'y répondre avant que les décisions ne soient prises—Les décisions rendues par le ministre sont annulées—Étant donné que la question de la contravention à la Loi est la seule qui puisse être examinée en vertu de l'art. 135, et que la demanderesse reconnaît qu'il y a eu infraction, l'action est rejetée—L'appel formé contre les décisions relatives aux sommes déclarées confisquées est également rejeté puisque la Cour n'a pas compétence pour en connaître sous le régime de l'art. 135—La Cour n'a pas compétence, en vertu de l'art. 135, pour rendre des jugements déclaratoires portant que la demanderesse a droit à la restitution des sommes confisquées et qu'aucune amende administrative n'est payable, relativement aux décisions rendues par le ministre au sujet du montant confisqué ou à restituer en application de l'art. 133—Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 12, 110, 117, 118, 122, 123, 124, 127, 129, 130, 131, 133, 135, 149—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 421, 422, 424, 427—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (mod., *idem*, art. 5).

ACL CANADA INC. C. CANADA (T-1548-88, juge MacKay, jugement en date du 8-10-93, 32 p.)

**DROIT D'AUTEUR****INJONCTIONS**

Demande visant à l'obtention d'une injonction interlocutoire interdisant à la défenderesse de porter atteinte au droit d'auteur des demanderesse sur certaines œuvres—Depuis 1986, les demanderesse commercialisent et vendent au Canada une solution topique de minoxidil appelée ROGAINE—La défenderesse a reçu un avis de conformité l'autorisant à fabriquer et à vendre au Canada un produit similaire appelé APO-GAIN—Les demanderesse allèguent la violation de leur droit d'auteur sur le texte utilisé sur la boîte et sur l'étiquette du contenant dans lequel le produit ROGAINE est distribué et vendu—Le texte des renseignements figurant sur la boîte et sur le contenant, ainsi que le texte de la brochure visant à renseigner le patient/consommateur qui est dans la boîte de l'APO-GAIN sont presque identiques aux textes des œuvres sur lesquelles les demanderesse revendiquent un droit d'auteur—Les arguments avancés par la défenderesse, qui conteste la validité du droit d'auteur revendiqué par les demanderesse, ne sont pas spécieux ou présentés simplement pour la forme—L'action des demanderesse soulève des questions sérieuses à trancher—Le critère préliminaire à prendre en considération dans l'examen d'une demande d'injonction interlocutoire est satisfait—Selon l'argument des demanderesse, il subsiste un doute sur la question de savoir si des dommages-intérêts constitueraient une réparation adéquate dans le cas où elles subiraient une perte—Les dommages-intérêts pourraient constituer une réparation adéquate, bien qu'il soit difficile de calculer le profit que la défenderesse pourrait tirer de son utilisation illicite des œuvres sur lesquelles les demanderesse ont un droit d'auteur—La perte subie par les demanderesse en attendant le procès serait adéquatement compensée par des dommages-intérêts—Aucune preuve de préjudice irréparable si l'injonction n'est pas accordée maintenant en attendant le procès—La défenderesse ne subirait pas un préjudice irréparable qui ne pourrait pas être adéquatement compensé par des dommages-intérêts si une injonction était maintenant accordée et s'il était jugé plus tard que pareille réparation n'est pas justifiée—La perte subie par la défenderesse par suite du délai, si l'on devait plus tard conclure qu'il ne fallait pas décerner l'injonction, pourrait raisonnablement être compensée par des dommages-intérêts—La répartition des inconvénients ne favorise pas la délivrance d'une injonction interlocutoire—Demande rejetée.

UPJOHN Co. c. APOTEX INC. (T-429-93, juge MacKay, ordonnance en date du 4-11-93, 22 p.)

**DROIT MARITIME****TRANSPORT DE MARCHANDISES**

Appel interjeté par suite d'une action en dommages-intérêts découlant de la perte subie lorsque de l'eau de mer s'est infiltrée dans une cargaison de sucre brut en vrac—Le juge de première instance a rejeté l'action pour le motif que la défenderesse n'était pas un transporteur au sens des Règles de La Haye, qui sont incorporées dans le droit canadien par la Loi sur le transport des marchandises par eau—Le «transporteur» comprend le propriétaire ou l'affrètement qui conclut un contrat de transport avec un chargeur—La charte-partie intervenue

**DROIT MARITIME—Suite**

entre Fednav et CSR Limited (mandataire chargée de la commercialisation pour le compte du propriétaire du sucre) prévoyait que Fednav désignerait des navires dont elle était propriétaire ou propriétaire disposant pour le transport du sucre de l'Australie au Canada—À titre de propriétaire disposant, Fednav ne serait pas propriétaire du navire, mais contrôlerait simplement l'exploitation commerciale de celui-ci comme les marchandises transportées et les ports d'escale, mais non la navigation—En l'espèce, Fednav agissait à titre de propriétaire disposant—Elle a conclu un contrat d'affrètement à temps avec le propriétaire du navire—L'appelante a acheté le sucre par l'entremise d'un courtier—Les connaissances indiquaient que la marchandise avait été expédiée par CSR aux termes de la charte-partie intervenue entre CSR et Fednav, et ils ont été signés pour le compte du capitaine du navire—Ils incorporaient les clauses, conditions et exceptions que renfermait la charte—Le juge de première instance a statué que le propriétaire du navire était le transporteur—Il n'existait aucun droit d'intenter une action contre Fednav à moins que cette dernière ne fût transporteur vis-à-vis de CSR—La question de savoir qui est le transporteur est une question de fait dépendant des documents et des circonstances de chaque cas—Les questions soulevées portaient sur l'incorporation par renvoi des dispositions de la charte-partie dans le connaissance et sur les responsabilités assumées par l'intimée en vertu de la charte-partie elle-même—Le juge de première instance a statué que la disposition de la charte-partie prévoyant que Fednav avait le choix de désigner l'un ou l'autre de ses navires (auquel cas elle serait le transporteur) ou un navire appartenant à une autre société (auquel cas elle pourrait ou non être le transporteur) attirait l'attention de CSR sur le fait que les obligations de Fednav, en cas d'avarie des marchandises, pouvaient être différentes selon que cette dernière avait désigné l'un de ses propres navires pour transporter la cargaison ou qu'elle avait désigné un navire qu'elle avait affrété à temps—La charte-partie elle-même n'imposait à l'intimée aucune obligation d'exécuter le contrat de transport—Le contrat d'affrètement à temps prévoyait que les propriétaires demeureraient responsables de la navigation, de l'assurance et de toute autre question—Le juge de première instance a statué que l'expression «et toute autre question» permettait d'inclure les réclamations relatives à la cargaison dans les affaires à l'égard desquelles le propriétaire plutôt que l'affrètement demeurait responsable—L'appelante soutient que l'intimée est le transporteur en vertu de la charte-partie ou de l'incorporation par renvoi dans le connaissance—Appel rejeté—Il n'y a rien de déraisonnable dans l'interprétation donnée par le juge de première instance à l'expression «et toute autre question», à savoir qu'elle vise les réclamations relatives à la cargaison, compte tenu du principe initial selon lequel l'affrètement à temps ne constitue pas une cession ou une location du navire par laquelle l'affrètement deviendrait, relativement aux tiers, le propriétaire temporaire du navire—Dans le connaissance, il n'y a aucune déclaration, représentation ou communication selon laquelle l'intimée est le propriétaire du navire ou le transporteur—Le propriétaire est clairement le transporteur—Il n'est pas établi que le capitaine a été autorisé par l'intimé à agir comme son mandataire ou qu'il a participé de quelque façon à la délivrance du connaissance—Il faudrait élargir la portée du libellé de la disposition d'incorporation figurant dans le connaissance pour conclure que l'intimée est devenue partie au connaissance et le propriétaire

**DROIT MARITIME—Fin**

du navire à la charte-partie—Cela entraîne des obligations contradictoires, ne serait-ce qu'en ce qui concerne la durée des deux contrats—Seules les clauses de la charte-partie qui se rapportent à l'exécution du contrat de transport devraient être incorporées—Si la charte-partie elle-même ne permet pas de désigner l'intimée à titre de transporteur, son incorporation dans le connaissance n'en fera pas dans ce contexte ce qu'elle n'était pas par elle-même—Le juge de première instance n'a commis aucune erreur, et encore moins une erreur manifeste et dominante—Loi sur le transport des marchandises par eau, L.R.C. (1985), ch. C-27, annexe, art. 1—Loi sur les connaissances, L.R.C. (1985), ch. B-5, art. 2.

LANTIC SUGAR LTD. C. VIOLETTA (LE) (A-82-92, juge MacGuigan, J.C.A., jugement en date du 28-10-93, 11 p.)

**FONCTION PUBLIQUE**

## PRATIQUE

Requête en annulation d'un désistement produit par les procureurs du requérant à la demande de celui-ci—Le requérant a été congédié en novembre 1984 pour conflits d'intérêts et trafic d'influence—Il a refusé d'autoriser les procureurs de l'Alliance de la Fonction publique du Canada à se retirer du dossier et a retenu les services d'un autre avocat, M<sup>e</sup> Richard Barbeau—Celui-ci a convaincu le requérant d'autoriser les procureurs à produire un désistement, mais n'a pas préparé la nouvelle procédure qu'il s'était engagé à entamer—Le Comité de discipline du Barreau du Québec a prononcé, relativement à cette affaire, une déclaration de culpabilité sur deux chefs d'accusation contre M<sup>e</sup> Barbeau—Le requérant s'est adressé au Tribunal des professions pour faire modifier la décision du Comité de discipline puis deux fois, sans succès, à la Cour fédérale pour faire annuler son désistement—Le Tribunal des professions a maintenu la déclaration de culpabilité et la peine prononcées par le Comité de discipline—Cette décision ne constituait pas un fait nouveau—Le requérant aurait dû présenter une requête sitôt connue la décision du Comité de discipline—Requête rejetée.

TEODORESCU C. CANADA (A-734-85, juge Décary, J.C.A., ordonnance en date du 25-10-93, 6 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

*Revenu ou gain en capital*

Appels de deux jugements de la Section de première instance de la Cour fédérale ([1990] 1 C.F. F-37) rejetant les appels interjetés contre la nouvelle cotisation établie par le ministre à l'égard de l'impôt sur le revenu de l'appelant pour les années d'imposition 1979 et 1980—Le ministre a considéré les sommes de 117 234 \$, pour 1979, et de 560 738 \$, pour 1980, comme un revenu d'entreprise, soit le bénéfice réalisé par l'appelant lors de l'aliénation d'actions de sociétés d'exploration pétrolière—Pendant les années pertinentes, l'appe-

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

lant a exercé les options ou bons de souscription qui lui avaient été accordés pour acheter un grand nombre d'actions des sociétés—Le juge de première instance a conclu que le nombre et la fréquence des opérations effectuées par l'appelant indiquaient que celles-ci constituaient un risque de caractère commercial—Il a conclu que l'appelant avait réussi à réfuter certaines suppositions du ministre—La supposition concernant le mobile qui avait poussé l'appelant à acquérir les actions n'a pas été réfutée—En tranchant la question de savoir si les faits de l'affaire étaient la conclusion selon laquelle le demandeur participait en fait à un risque de caractère commercial, le juge de première instance avait le droit et, en fait, l'obligation de se fonder sur les suppositions qui n'avaient pas été réfutées et sur l'ensemble de la preuve—Le ministre n'a pas considéré une opération comme constituant, pour le contribuable, deux sources distinctes de revenu—En vertu de l'art. 7(1a) de la Loi de l'impôt sur le revenu, l'impôt sur le revenu d'emploi résulte de l'exercice par le contribuable de ses options d'achat, cet exercice constituant le point de départ d'une autre opération se terminant par l'aliénation des actions—L'art. 53(1j) de la Loi n'a rien à voir avec l'imposition du revenu tiré d'une entreprise—Le ministre a eu raison de calculer le bénéfice tiré de la vente des actions acquises grâce aux options d'achat en prenant en ligne de compte non seulement le prix fixé dans les options d'achat, mais aussi la rémunération qui est réputée être reçue aux termes de l'art. 7—L'acquisition d'actions n'est pas présumée être un investissement—Le juge de première instance a examiné la question cruciale de savoir si l'appelant avait fait les aliénations afin de bloquer le profit visé par l'art. 7 ou s'il les avait faites à une date choisie afin de maximiser la réalisation de ce profit—Il était loisible au juge de première instance de tirer une conclusion sur une question de fait, cette conclusion n'étant pas fondée sur une erreur de droit—Le juge de première instance n'a pas eu tort d'inclure les actions d'Indépendance dans le risque de caractère commercial assumé par l'appelant et de confirmer la cotisation établie par le ministre—Appels rejetés—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 7(1a) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 3(1)), 53(1j).

POLLOCK C. CANADA (A-75-90, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 14-10-93, 13 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

Demande d'injonction interlocutoire interdisant à l'intimée de s'adonner à des activités qui seraient préjudiciables aux droits des demanderesse sur la marque de commerce déposée ROGAINE—La marque de commerce ROGAINE est déposée en liaison avec une préparation pharmaceutique, à savoir un médicament dermatologique topique utilisé pour stimuler la pousse des cheveux—La défenderesse Apotex est une compagnie constituée au Canada qui fabrique et vend des produits pharmaceutiques génériques—En septembre 1991, un avis de conformité a été délivré à Apotex par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social à l'égard de la solution topique minoxidil APO-GAIN—Au moment de l'audience, l'APO-GAIN n'était pas expédié par Apotex en vue d'être vendu au Canada—L'APO-GAIN violerait apparemment la marque de commerce des demanderesse en vertu de l'art. 20

## MARQUES DE COMMERCE—Fin

de la Loi sur les marques de commerce—Les demanderesse allèguent également qu'il y a eu *passing-off* de la part de la défenderesse, en violation de l'art. 7b) de la Loi—La norme à appliquer dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire a été énoncée par la Cour d'appel dans *Turbo Resources Ltd. c. Petro Canada Inc.*, [1989] 2 C.F. 451—Le critère préliminaire est de savoir si le requérant a établi l'existence d'une question sérieuse à trancher—Dans *Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120, la CSC a statué que, dans une action en *passing-off* relative à une marque de commerce concernant un médicament obtenu sur ordonnance, il fallait tenir compte du risque de confusion chez les consommateurs—Décision étayant l'argument des demanderesse quant aux questions sérieuses soulevées en l'espèce—Compte tenu de toutes les divergences existant entre les parties, il y a des questions sérieuses à trancher au procès—Dans une action visant à protéger les droits relatifs à une marque de commerce, l'existence présumée d'un préjudice irréparable ne constitue pas le fondement d'une injonction interlocutoire—Il est essentiel de prouver l'existence d'un préjudice irréparable—La preuve est insuffisante si elle est conjecturale—Absence de preuve de confusion véritable—La preuve présentée par les demanderesse n'établit pas qu'elles subiront, en attendant la tenue du procès, un préjudice irréparable dont elles ne pourront pas être indemnisées adéquatement par des dommages-intérêts si elles obtiennent gain de cause au procès—La marque adoptée par la défenderesse n'est pas identique à celle des demanderesse—L'inquiétude exprimée au sujet de l'effet néfaste possible sur la réputation des demanderesse si le produit de la défenderesse est mauvais ou inefficace pour les patients constitue clairement une conjecture—Quant à la perte subie entre l'audition de la demande et la tenue du procès, les demanderesse pourront être indemnisées adéquatement au moyen de dommages-intérêts calculés de la manière habituelle par le tribunal ou au moyen d'un relevé des profits de la défenderesse—La défenderesse ne subirait pas un préjudice irréparable si l'injonction était accordée maintenant—La défenderesse pourrait être adéquatement indemnisée de sa perte au moyen de dommages-intérêts—Le maintien du statu quo ne favorise pas l'octroi d'une injonction à ce stade de l'instance—La balance des inconvénients ne favorise pas la délivrance d'une injonction interlocutoire—Demande rejetée—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7, 20.

UPJOHN CO. c. APOTEX INC. (T-1357-92, juge MacKay, ordonnance en date du 4-11-93, 21 p.)

## PRATIQUE

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Production de documents*

Demande visant à l'obtention d'une ordonnance de non-divulgence après le dépôt de l'affidavit d'énumération des documents de la défenderesse et avant la production des documents en vue de leur examen par les demanderesse—Action visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire portant que le brevet canadien de la défenderesse concernant les formulations

## PRATIQUE—Suite

pharmaceutiques d'un composé chimique (zidovudine) employé dans le traitement des séropositifs et des sidéens est invalide et que les produits désignés des demanderesse ne violent pas un droit protégé par le brevet—La défenderesse a présenté un projet d'ordonnance fondé sur un modèle d'ordonnances de protection auxquelles les parties avaient consenti dans des instances parallèles aux É.-U.—Les demanderesse n'ont pas consenti à pareilles ordonnances—L'ordonnance prévoit que la partie qui produit les documents peut désigner à titre de renseignement confidentiel tout renseignement qu'elle juge en toute bonne foi exclusif ou confidentiel qu'elle ne veut pas rendre public, et désigner à titre de «renseignements confidentiels—avocats seulement» tout document ou autre renseignement d'un degré de secret commercial tel que sa divulgation à des personnes autres que celles qui sont désignées porterait vraisemblablement préjudice à la partie qui l'a produit—L'une ou l'autre désignation peut être contestée n'importe quand, et la contestation peut être réglée par la Cour—La Cour peut, de son propre chef, ordonner que ne soient pas considérés comme confidentiels des renseignements désignés tels par la partie qui les a produits—Font exception les renseignements déjà dans le domaine public, les renseignements provenant d'une autre source et les renseignements mis au point après la communication par des personnes qui n'avaient pas accès aux renseignements confidentiels de la partie qui les a produits—Le principe général selon lequel la Cour et les procédures judiciaires peuvent faire l'objet d'un examen public, ce qui comprend notamment l'accès du public aux documents judiciaires, est un principe fondamental de notre système judiciaire—La recherche d'un juste équilibre entre ce principe et les intérêts judiciaires des parties, dont leurs droits commerciaux et leurs droits exclusifs véritables, a abouti à la pratique selon laquelle la Cour prévoit, par des ordonnances de protection ou de non-divulgence, que les renseignements obtenus en vue de la préparation du procès puissent, dans les cas appropriés, demeurer confidentiels et ne pas être accessibles au grand public dans le cadre des procédures de la Cour—Il a été démontré d'une façon suffisante qu'il était nécessaire de rendre une ordonnance de non-divulgence des renseignements à produire si la partie requérante pense que ses droits exclusifs, commerciaux et scientifiques seraient gravement compromis par la production des renseignements sur lesquels sont fondés ces droits, particulièrement au stade de préparation du procès—Trois considérations favorisent l'octroi d'une ordonnance essentiellement fondée sur les dispositions demandées—(1) Ces dispositions correspondent à celles des ordonnances de protection accordées de consentement dans un litige parallèle aux É.-U., dans lequel les parties sont directement ou indirectement en cause—Il est justifié de rendre des ordonnances de protection raisonnablement comparables, à condition que les dispositions ne soient pas contraires aux principes ou aux pratiques de la Cour—(2) Tout en laissant à la partie qui produit les renseignements l'initiative de désigner ceux qui sont confidentiels, l'ordonnance permet également à la partie qui reçoit les renseignements de s'opposer à la désignation d'un renseignement comme étant confidentiel, et la Cour statuera en dernier ressort sur la déclassification des renseignements initialement désignés comme confidentiels—(3) La pratique selon laquelle la Cour rend des ordonnances de protection à l'égard des renseignements divulgués au stade de la communication, dans les cas où une partie pense en toute bonne foi que

## PRATIQUE—Suite

ses intérêts commerciaux ou scientifiques liés aux secrets industriels pourraient être gravement compromis par une divulgation publique, provient de ce que la Cour reconnaît qu'il revient aux parties de préparer le procès—La Cour accorde une ordonnance de non-divulgation selon les dispositions demandées par la défenderesse, en l'absence de propositions en vue de la modification de ces dispositions par les demanderesse—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448.

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD. (T-3197-90, juge MacKay, ordonnance en date du 27-10-93, 13 p.)

Requêtes présentées par chaque partie en vue de l'obtention d'une ordonnance enjoignant à l'autre de produire des documents inclus dans des affidavits d'énumération de documents déposés—Requête présentée par la défenderesse en vue de l'obtention d'une ordonnance de non-divulgation relativement aux documents produits—Action intentée au moyen d'une déclaration déposée le 5 décembre 1990, en vue de l'obtention de jugements déclaratoires portant que le brevet canadien 1,238,277 de la défenderesse et chaque revendication y afférente sont invalides—Les demanderesse ont obtenu un avis de conformité du ministre de la Santé et du Bien-être social, les autorisant à fabriquer et à vendre au Canada le médicament générique appelé zidovudine—Les mêmes parties sont en cause dans un litige parallèle aux É.-U., portant sur les mêmes composés chimiques et sur les mêmes emplois que ceux visés par le brevet en litige—La Règle 450(1)b prévoit la divulgation, dans l'affidavit d'énumération des documents, par la société qui est partie au litige, dans le cas où ces documents sont en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de toute société qui est directement ou indirectement contrôlée par cette partie ou par une personne qui contrôle directement ou indirectement cette dernière—Les Règles, telles qu'elles ont été modifiées en 1990, visent à assurer la pleine communication avant le procès—L'avocat de chaque partie soutient que l'affidavit d'énumération des documents produit par la partie adverse est insuffisant en ce sens qu'il ne révèle pas tous les documents pertinents qui sont en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de cette partie—La Règle 448 prévoit que chaque partie à une action doit déposer et signifier un affidavit d'énumération des documents au moyen de la formule 19—La Règle vise à permettre de déterminer la vérité en ce qui concerne les points litigieux, à circonscrire ces derniers et à expédier le jugement des points litigieux qui restent à résoudre—Des ordonnances sont rendues en vue 1) d'enjoindre à l'avocat de chaque partie de veiller à ce que tous les documents requis devant être produits soient mentionnés dans les affidavits d'énumération de documents déjà déposés et, dans la négative, à déposer des affidavits supplémentaires, 2) d'assurer immédiatement l'accès aux documents mentionnés dans les affidavits d'énumération de documents déposés et 3) de prendre les dispositions nécessaires pour la communication—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15), 450 (mod., *idem*).

APOTEX INC. C. WELLCOME FOUNDATION LTD. (T-3197-90, juge MacKay, ordonnance en date du 27-10-93, 11 p.)

## FRAIS ET DÉPENS

Demande de garantie pour les dépens—La Règle 446 prévoit que lorsque le demandeur n'est demandeur que de nom et

## PRATIQUE—Suite

poursuit au bénéfice de quelque autre personne, et qu'il y a lieu de croire qu'il sera incapable de payer les dépens s'il lui est ordonné de le faire, la Cour peut ordonner à celui-ci de fournir une garantie pour les dépens—La défenderesse soutient qu'étant donné que la demanderesse s'est engagée envers des institutions financières à employer les sommes recouvrées dans le litige pour régler tout d'abord les dettes, les demanderesse, dans la mesure de l'endettement, sont des demanderesse de nom—Elle soutient également qu'étant donné que les montants adjugés par deux ordonnances judiciaires rendues contre les demanderesse demeurent impayés, il y a lieu de croire que ces dernières n'ont pas de biens suffisants pour payer les dépens adjugés—Demande rejetée—Si le demandeur a un intérêt réel dans l'issue du litige, il n'est pas demandeur de nom: *Elia c. Spring*, [1941] O.W.N. 407 (H.C.J.)—Les demanderesse ont un «intérêt» bien «réel», au niveau du principe et de la réputation, dans l'issue du litige—La demanderesse individuelle poursuit, dans un litige connexe, Sa Majesté et ses employés depuis plusieurs années—La société demanderesse a été partie au litige puisque la demanderesse individuelle en a acquis le contrôle—L'historique du litige précède les engagements donnés aux institutions financières—Les demanderesse sont clairement liées à la structure du litige—Elles ne servaient simplement de façades ou d'«hommes de paille» pour les institutions financières—Les demanderesse ont un intérêt direct et important dans l'issue du litige—Même si seul un intérêt matériel constitue un «intérêt réel» aux fins du critère relatif au demandeur de nom, les demanderesse ne sont pas des demanderesse de nom étant donné que les sommes recouvrées, si l'action devait être instruite, pourraient dépasser les sommes couvertes par les engagements donnés aux institutions financières—Le fait que les montants prévus par les ordonnances judiciaires se rapportant à la faillite personnelle de la demanderesse individuelle demeurent impayés ne constitue pas une «forte preuve» que les intimées seront incapables de payer les dépens, mais simplement une preuve qu'elles ne se sont pas conformées aux ordonnances de la Cour—Aucun élément de preuve montrant que la défenderesse a pris des mesures pour faire exécuter les ordonnances—Si les mesures d'exécution s'étaient avérées futiles, il y aurait alors une forte preuve qu'il y avait lieu de croire que les demanderesse seraient incapables de payer les dépens s'il leur était ordonné de le faire—Dépens suivant l'issue de la cause—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 344 (mod. par DORS/87-221, art. 2), 446 (mod. par DORS/90-846, art. 14).

OLYMPIA INTERIORS LTD. C. CANADA (T-1436-92, juge Gibson, ordonnance en date du 15-10-93, 10 p.)

## PLAIDOIRES

Demande de production de documents qui seraient apparemment mentionnés dans la déclaration—La Règle 407(2) prévoit qu'une copie de chaque document mentionné dans une plaidoirie doit être signifiée à chaque partie à laquelle ladite plaidoirie est signifiée, soit au moment de la signification de cette dernière, soit dans un délai de 30 jours, à moins qu'une partie ne renonce à son droit ou que la Cour n'en ordonne autrement—Demande accueillie en ce qui concerne les documents mentionnés au paragraphe 6 seulement, c.-à-d. en ce qui concerne les demandes d'enregistrement de marques de commerce et les demandes de désignation à titre d'usager inscrit—La Cour ne

## PRATIQUE—Suite

souscrit pas à l'avis exprimé par le juge Cullen dans l'arrêt *Les Brasseries Molson, société en nom collectif c. La Compagnie de brassage Labatt* (1992), 41 C.P.R. (3d) 456 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), lorsqu'il a statué que la Règle 407(2) prévoit une forme de communication qui limite la production aux documents mentionnés—La Règle 407(2) ne vise pas à permettre la communication anticipée, mais à obliger une partie à signifier un document mentionné dans sa plaidoirie—Si la Cour souscrivait sans réserve à la décision du juge Cullen, la défenderesse pourrait exiger que la Cour ordonne aux demanderesse de produire tous leurs documents se rapportant à l'étude des consommateurs, à la mise au point de techniques liées au brassage, à l'achat du matériel et à la publicité au Canada de la bière Ice Brewed—Le fait qu'il puisse exister des documents se rapportant aux éléments ou aux questions soulevées dans la plaidoirie n'a pas pour effet de faire de ces documents des documents mentionnés dans une plaidoirie au sens de la Règle 407(2)—La défenderesse n'a donc pas le droit d'obtenir une copie des documents que renferment les dossiers des demanderesse en ce qui concerne l'étude des consommateurs—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 407.

JOHN LABATT LTD. C. MOLSON BREWERIES (T-2105-93, juge Nadon, ordonnance en date du 8-10-93, 7 p.)

## SUSPENSION D'INSTANCE

Requête visant à suspendre l'application d'une autorisation émise par l'intimé, le Directeur de la Division des hippodromes d'Agriculture Canada à Blue Bonnets jusqu'à ce que la Cour rende une décision sur la demande de contrôle judiciaire des requérants—Il s'agissait d'une autorisation de tenir des paris séparés sur courses de chevaux à l'étranger du 1<sup>er</sup> septembre au 18 octobre 1993—La demande de contrôle judiciaire dirigée contre Blue Bonnets est radiée puisque celle-ci n'est pas un «office fédéral» au sens de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—Le 18 septembre 1991, l'Association du trot et amble du Québec (ATAQ) et Blue Bonnets ont conclu une entente relative à l'organisation, la présentation et au calendrier des courses devant être tenues à l'hippodrome de Montréal—Durant la période de l'entente, Blue Bonnets a obtenu du Directeur des autorisations lui permettant de tenir des paris séparés sur courses au trot, à l'amble et au galop tenues à l'étranger—La tenue de paris mutuels sur courses de chevaux est interdite à moins qu'elle ne soit autorisée par le Règlement sur la surveillance du pari mutuel—Dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, la Cour suprême du Canada a statué que les principes relatifs à l'octroi d'une injonction interlocutoire s'appliquaient à une demande de suspension d'instance—En l'espèce, la seule question «sérieuse» concerne l'interprétation de l'art. 94f) du Règlement—Le Directeur a émis l'autorisation sans exiger la preuve d'une entente au sens de l'art. 94f) parce qu'il n'existait aucun professionnel du cheval travaillant sous contrat pour Blue Bonnets le 25 août 1993—Il se devait d'émettre cette autorisation compte tenu du fait que l'entente de 1991 n'avait pas été renouvelée ou prolongée—L'art. 94f) prévoit clairement que Blue Bonnets ou toute autre association qui entend tenir un pari séparé sur courses à l'étranger doit conclure une entente avec «les professionnels du cheval travaillant sous contrat» pour elle—En l'espèce, il s'agissait de professionnels du cheval, mais en date du 13 juillet 1993, ces profes-

## PRATIQUE—Suite

sionnels ne travaillaient pas pour Blue Bonnets—Il n'y a donc pas de question sérieuse à juger—Les requérants n'ont pris aucune mesure pour empêcher ou tenter d'empêcher la présentation de courses au galop en provenance de pistes étrangères—Ils peuvent, s'ils le désirent, participer à des courses tenues à des hippodromes autres que celui de Blue Bonnets—Rien ne les empêche de participer à des courses à Blue Bonnets jusqu'à ce qu'il soit statué sur leur demande de contrôle judiciaire—Si les requérants devaient subir un préjudice irréparable, ce préjudice ne sera pas le résultat ou la conséquence de l'autorisation émise par le directeur le 27 août 1993—Le préjudice dont ils se plaignent sera la conséquence directe du fait qu'il n'y a pas de courses «live» à Blue Bonnets—La tenue de paris séparés sur courses à l'étranger du 1<sup>er</sup> septembre au 18 octobre 1993 est essentielle à la survie, du moins à court terme, de Blue Bonnets—La balance des inconvénients ne joue pas en faveur des requérants—Requête rejetée—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édifié par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Règlement sur la surveillance du pari mutuel, DORS/91-365, art. 94f) (mod. par DORS/92-628, art. 4).

ASSOCIATION DU TROT ET AMBLE DU QUÉBEC C. CANADA (MINISTÈRE DE L'AGRICULTURE) (T-2200-93, juge Nadon, ordonnance en date du 15-10-93, 18 p.)

## TÉMOINS

Affaire concernant une action visant à l'obtention de jugements déclaratoires portant que la Loi sur les Indiens est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte au droit des bandes indiennes de déterminer qui peut être membre de la bande et que le fait d'imposer des membres additionnels aux bandes demanderesse porte atteinte à la liberté d'association garantie par la Charte—Demande visant à l'obtention de la permission de se déplacer pour entendre un témoin particulier et pour inspecter deux réserves—L'art. 53 de la Loi sur la Cour fédérale prévoit qu'une déposition peut être recueillie par commission rogatoire «sous réserve de toute règle ou ordonnance applicable en la matière»—La Règle 477 permet la réception de dépositions solennelles ou sous serment ailleurs qu'en salle d'audience—La Règle 494(1) permet à la Cour d'inspecter tout endroit à l'égard duquel une question peut se poser dans la procédure—Requêtes rejetées—Les demandeurs n'invoquent pas la Règle 477, mais cherchent, sans présenter de preuve à l'appui, à transporter la Cour à un autre endroit afin qu'un témoin puisse être entendu à son domicile, et non à l'endroit prévu pour l'instruction—Pendant la conférence préliminaire, tous les avocats se sont entendus pour demander une commission rogatoire de la façon habituelle, ou pour convenir de la méthode d'obtention des dépositions des témoins qui, en raison de leur âge ou de leur infirmité, étaient dans l'impossibilité de témoigner de la façon normale—L'avocat n'a pas allégué l'infirmité ou l'âge du témoin, sauf pour dire qu'elle a 85 ans, ni le fait qu'elle est incapable de se rendre à Edmonton, sauf pour dire qu'elle refuse de voyager par avion—La nécessité de changer le lieu de l'instruction en faveur du témoin et d'engager les frais y afférents n'a pas été démontrée—Mention de *Canadians for the Abolition of the Seal Hunt c. Ministre des Pêches et de l'Environnement*, [1981] 1 C.F. 733 (1<sup>re</sup> inst.) dans lequel on a fait remarquer que la Cour n'était pas autorisée à obtenir la preuve pour les parties et qu'elle ne pouvait pas procéder à ses propres enquêtes pour aider une partie—Le juge



**PRATIQUE—Suite**

n'est pas autorisé à parler à qui que ce soit sur les lieux qu'il inspecte—Dans *Triple A Investments Ltd. v. Adams Brothers Ltd.* (1986), 23 D.L.R. (4th) 587 (C.A.T.-N.), on a exprimé l'avis selon lequel cela aidait le juge à mieux comprendre la preuve présentée à l'instruction—L'inspection doit être complète et intégrale, et non sélective, à l'égard des questions en litige soumises pour jugement—Si la détermination des questions qui se posent en l'espèce doit avoir des conséquences pour toutes les bandes indiennes touchées par les modifications apportées en 1985 à la Loi sur les Indiens, il n'est ni raisonnable ni logique d'inspecter une ou deux réserves seulement parmi des centaines—La réserve Sarcee est peut-être typique, mais ce n'est qu'une seule réserve parmi bien d'autres—La

**PRATIQUE—Fin**

Cour a une bonne compréhension de la preuve—Les tribunaux ne sont pas des établissements d'inspection itinérants—Il n'est pas nécessaire d'inspecter des réserves pour apprécier et pour comprendre la preuve et les témoignages—La Cour pourrait mieux utiliser le temps qu'exige une inspection pour entendre le témoin du demandeur au cours de l'instruction dans la salle d'audience—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 477, 494(11)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 53.

BANDE SAWRIDGE C. CANADA (T-66-86, juge Muldoon, ordonnance en date du 18-10-93, 9 p.)





*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9