

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaykum Indian Band (also known as the Campbell River Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu and James D. Wilson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Respondents/Appellants*

and between

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite and Lloyd Chickite, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Gitanmaax Indian Band, Kispiox Indian Band and Glen Vowell Indian Band *Intervenors*

INDEXED AS: WEWAYKUM INDIAN BAND v. CANADA

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaykum (également connue sous le nom de Bande indienne de Campbell River) *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Intimés/Appellants*

et entre

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite et Lloyd Chickite, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, Bande indienne Gitanmaax, Bande indienne Kispiox et Bande indienne de Glen Vowell *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE WEWAYKUM c. CANADA

Neutral citation: 2003 SCC 45.

File No.: 27641.

2003: June 23; 2003: September 26.

Present: McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

MOTION FOR DIRECTIONS**MOTIONS TO VACATE A JUDGMENT**

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Supreme Court judgment dismissing Indian bands' appeals — Indian bands presenting motions to set aside judgment alleging reasonable apprehension of bias arising from involvement of judge in bands' claims while serving as federal Associate Deputy Minister of Justice over 15 years prior to hearing of appeals — Whether judgment tainted by reasonable apprehension of bias — Whether judgment should be set aside.

In 1985 and 1989 respectively, the Campbell River Band and the Cape Mudge Band instituted legal proceedings against each other and the Crown, each band claiming exclusive entitlement to two reserves on Vancouver Island. In 1995, the Federal Court, Trial Division dismissed the actions and the Federal Court of Appeal upheld the decision. In December 2002, in reasons written by Binnie J. and concurred in unanimously, this Court dismissed the bands' appeals. In February 2003, the Campbell River Band made an access to information request to the federal Department of Justice seeking copies of all records to, from or which make reference to Mr. Binnie concerning the bands' claims against the Crown. Mr. Binnie, when he was Associate Deputy Minister of Justice in 1982-1986, had been responsible for all litigation, except tax matters and cases in Quebec, involving the Government of Canada and had supervisory authority over thousands of cases. The Department of Justice found a number of internal memoranda which indicate that, in late 1985 and early 1986, Mr. Binnie had received some information concerning the Campbell River Band's claim and that he had attended a meeting where the claim was discussed. The Crown filed a motion in this Court seeking directions as to any steps to be taken. Binnie J. recused himself from any further proceedings in this matter and filed a statement setting out that he had no recollection of personal involvement in the case. The bands sought an order setting aside this Court's judgment. Both bands agree that actual bias is not at issue and accept Binnie J.'s statement that he had no

Référence neutre : 2003 CSC 45.

N° du greffe : 27641.

2003 : 23 juin; 2003 : 26 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Arbour, LeBel et Deschamps.

REQUÊTE SOLLICITANT DES DIRECTIVES**REQUÊTES EN ANNULATION DE JUGEMENT**

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Pourvois de bandes indiennes rejetés par la Cour suprême — Présentation par les bandes indiennes de requêtes en annulation du jugement fondée sur la crainte raisonnable de partialité qui découlerait du rôle joué par un juge dans les demandes des bandes en tant que sous-ministre adjoint de la Justice plus de 15 ans avant l'audition des appels — Le jugement est-il entaché d'une crainte raisonnable de partialité? — Y a-t-il lieu d'annuler le jugement?

En 1985 et 1989 respectivement, la bande de Campbell River et la bande de Cape Mudge ont intenté une action en justice, chacune poursuivant l'autre ainsi que la Couronne et revendiquant le droit exclusif à deux réserves situées dans l'île de Vancouver. En 1995, la section de première instance de la Cour fédérale a rejeté les actions et la Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision. En décembre 2002, notre Cour a rejeté les pourvois des bandes dans des motifs exposés par le juge Binnie, auxquels ont souscrit tous les autres juges de la Cour. En février 2003, la bande de Campbell River a présenté au ministère de la Justice une demande d'accès à l'information dans laquelle elle sollicitait des copies de tous les documents qui soit avaient été expédiées à M. Binnie, soit émanaient de ce dernier ou encore faisaient mention de lui et qui se rapportaient aux demandes présentées contre le gouvernement fédéral par les bandes. Lorsqu'il a occupé le poste de sous-ministre adjoint de la Justice, de 1982 à 1986, M. Binnie était responsable de tous les litiges auxquels était partie le gouvernement fédéral, sauf les affaires fiscales et celles se déroulant au Québec, et il supervisait des milliers de dossiers. Le ministère de la Justice a trouvé un certain nombre de notes de service internes qui indiquent que, à la fin de 1985 et au début de 1986, M. Binnie a reçu certains renseignements concernant la demande de la bande de Campbell River et a assisté à une réunion au cours de laquelle cette demande a été discutée. La Couronne a présenté à notre Cour une requête sollicitant des directives quant aux mesures qui pourraient devoir être prises. Le juge Binnie s'est

recollection of personal involvement in the case. However, they allege that Binnie J.'s involvement as federal Associate Deputy Minister of Justice in the early stages of the Campbell River Band's claim in 1985 and 1986 gives rise to a reasonable apprehension of bias.

Held: The motion for directions and the motions to vacate a judgment should be dismissed. In the circumstances of this case, no reasonable apprehension of bias is established and hence Binnie J. was not disqualified from hearing the appeals or participating in the judgment.

Public confidence in our legal system is rooted in the fundamental belief that those who adjudicate in law must always do so without bias or prejudice and must be perceived to do so. A judge's impartiality is presumed and a party arguing for disqualification must establish that the circumstances justify a finding that the judge must be disqualified. The criterion of disqualification is the reasonable apprehension of bias. The question is what would an informed, reasonable and right-minded person, viewing the matter realistically and practically, and having thought the matter through, conclude. Would he think that it is more likely than not that the judge, whether consciously or unconsciously, would not decide fairly?

It is necessary to clarify the relationship of this objective standard to two other factors: the subjective consideration of actual bias and the notion of automatic disqualification. Most arguments for disqualification are not based on actual bias. When parties say that there was no actual bias on the part of a judge, it can mean one of three things: (1) that reasonable apprehension is a surrogate for actual bias; (2) that unconscious bias can exist even where the judge acted in good faith; and (3) that looking for real bias is simply not the relevant inquiry since justice should not only be done but must be seen to be done. This third justification for the objective standard of reasonable apprehension of bias envisions the possibility that a judge may be totally impartial in circumstances which nevertheless create a reasonable apprehension of bias, requiring his disqualification. The idea that "justice must be seen to be done" cannot be severed from the

récusé à l'égard de toutes procédures ultérieures dans cette affaire et il a déposé une déclaration précisant qu'il n'avait aucun souvenir d'avoir participé personnellement à ce dossier. Les bandes ont demandé une ordonnance portant annulation du jugement de notre Cour. Les deux bandes reconnaissent qu'il ne s'agit pas d'une affaire de partialité réelle et elles acceptent la déclaration du juge Binnie selon laquelle il n'avait aucun souvenir d'avoir participé personnellement à cette affaire. Cependant, elles font valoir que le rôle joué par le juge Binnie en tant que sous-ministre adjoint de la Justice aux premiers stades de la demande de la bande de Campbell River en 1985 et 1986 fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Arrêt : La requête sollicitant des directives et les requêtes en annulation de jugement sont rejetées. À la lumière des circonstances de l'espèce, aucune crainte raisonnable de partialité n'a été établie et le juge Binnie n'était pas inhabile à connaître des présents pourvois et à participer au jugement.

La confiance du public dans notre système juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant ainsi. L'impartialité du juge doit être présumée et c'est à la partie qui plaide l'inhabilité qu'incombe le fardeau d'établir que les circonstances permettent de conclure que le juge doit être récusé. Le critère de récusation est la crainte raisonnable de partialité. Il consiste à se demander à quelle conclusion arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, le juge, consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?

Il est nécessaire de clarifier le rapport entre cette norme objective et deux autres facteurs : le facteur subjectif de la partialité réelle et la notion d'inhabilité automatique. Dans la plupart des cas où l'inhabilité du décideur est invoquée, la partie qui la soulève n'invoque pas la partialité réelle. Lorsque des parties affirment qu'il y avait absence de partialité réelle de la part du juge, cela peut signifier l'une des trois choses suivantes : (1) que la crainte raisonnable de partialité est un critère de remplacement de la partialité réelle; (2) qu'il peut y avoir partialité inconsciente, même lorsque le juge a agi de bonne foi; (3) que la présence ou l'absence de partialité réelle n'est tout simplement pas la bonne question à se poser, puisque justice doit non seulement être rendue mais elle doit également paraître être rendue. Cette troisième justification de la norme objective de la crainte raisonnable de partialité admet la possibilité qu'un juge puisse être totalement

standard of reasonable apprehension of bias. The relevant inquiry is not whether there was in fact either conscious or unconscious bias on the part of the judge, but whether a reasonable person properly informed would apprehend that there was. With respect to the notion of automatic disqualification, recent English case law suggests that automatic disqualification is justified in cases where a judge has an interest in the outcome of a proceeding. This case law is not helpful here because automatic disqualification does not extend to judges somehow involved in the litigation or linked to counsel at an earlier stage. In Canada, proof of actual bias or a reasonable apprehension of bias is required. In any event, on the facts of this case, there is no suggestion that Binnie J. had any financial interest in the appeals, or had such an interest in the subject matter of the case that he was effectively in the position of a party to the cause.

In this case, disqualification can only be based on a reasonable apprehension of bias. In light of the strong presumption of judicial impartiality, the standard refers to an apprehension based on serious grounds. Each case must be examined contextually and the inquiry is fact-specific. Where, as here, the issue of bias arises after judgment has been rendered, it is not helpful to determine whether the judge would have recused himself had the matter come to light earlier. Although the standard remains the same, an abundance of caution guides many, if not most judges, at this early stage, and judges often recuse themselves where it is not legally necessary. Lastly, this Court's dictum that judges should not preside over a case in which they played a part at any stage is but an illustration of the general principle. It does not suggest that any degree of earlier participation in a case is cause for automatic disqualification, but rather suggests that a reasonable and right-minded person would likely view unfavourably the fact that the judge acted as counsel in a case over which he is presiding, and could take this fact as the foundation of a reasonable apprehension of bias.

Here, neither Binnie J.'s past status as Associate Deputy Minister nor his long-standing interest in matters involving First Nations is by itself sufficient to justify his disqualification. The source of concern for the bands is

impartial dans des circonstances faisant néanmoins naître une crainte raisonnable de partialité requérant qu'il soit déclaré inhabile. L'idée selon laquelle « justice doit paraître être rendue » ne peut être dissociée de la norme de la crainte raisonnable de partialité. La question pertinente n'est pas de savoir si, dans les faits, le juge a fait preuve de partialité consciente ou inconsciente, mais si une personne raisonnable et bien renseignée craindrait qu'il y ait eu partialité. Relativement à la notion d'inhabilité automatique, certains arrêts britanniques récents suggèrent que l'application de cette notion est justifiée lorsque le juge a un intérêt dans l'issue de l'instance. Cette jurisprudence n'est pas utile en l'espèce, parce que la règle de l'inhabilité automatique ne s'applique pas dans les cas où le décideur a, d'une certaine façon, participé au litige ou été en contact avec les avocats aux premiers stades de l'affaire. Au Canada, il faut prouver l'existence de partialité réelle ou d'une crainte raisonnable de partialité. Quoi qu'il en soit, au vu des faits de l'espèce, rien n'indique que le juge Binnie avait quelque intérêt pécuniaire dans les pourvois ou qu'il manifestait pour l'objet de l'affaire un intérêt tel qu'il se trouvait effectivement dans la position d'une partie à la cause.

Dans la présente affaire, l'inhabilité ne peut être invoquée que sur le fondement de la crainte raisonnable de partialité. Vu la forte présomption d'impartialité dont jouissent les tribunaux, la norme exige une crainte de partialité fondée sur des motifs sérieux. Chaque affaire doit être examinée au regard du contexte et des faits qui lui sont propres. Lorsque, comme en l'espèce, la question de l'inhabilité se soulève après le prononcé du jugement et non au début de l'instance, il n'est pas utile de se demander si le juge se serait récusé si la situation avait été connue plus tôt. Quoique la norme reste la même, bon nombre de juges, sinon la plupart d'entre eux, font montre d'une prudence extrême tôt dans l'instance, et il arrive souvent qu'ils se récuse alors qu'ils ne seraient pas légalement tenus de le faire. Enfin, la remarque incidente de notre Cour selon laquelle les juges ne doivent pas siéger dans une cause à laquelle ils ont participé à quelque stade de l'affaire n'est qu'une illustration du principe général. Elle ne dit pas que toute participation dans le passé à une affaire est automatiquement cause d'inhabilité, mais elle indique plutôt qu'une personne sensée et raisonnable verrait vraisemblablement d'un mauvais oeil le fait que le juge a agi comme avocat dans une affaire dont il est saisi, et que cette personne pourrait considérer que ce fait naître une crainte raisonnable de partialité.

En l'espèce, ni le fait que le juge Binnie ait dans le passé occupé la charge de sous-ministre adjoint ni son intérêt de longue date pour les questions concernant les Premières nations ne justifient en soi de conclure

Binnie J.'s involvement in this case in the mid-1980s. The documentary record, however, does not support a reasonable apprehension of bias. Binnie J.'s involvement in the dispute was confined to a limited supervisory and administrative role. While his link to this litigation exceeded *pro forma* management of the files, he was never counsel of record and played no active role after the claim was filed, nor did he plan litigation strategy. Any views attributed to Binnie J. earlier on were offered in the context of wider implications of the negotiation process, and not in the context of litigation. Furthermore, in his capacity of Associate Deputy Minister, he was responsible for thousands of files at the relevant time and the matter on which he was involved in this file was not unique to this case but was an issue of general application to existing reserves in British Columbia. More importantly, Binnie J.'s supervisory role dates back over 15 years. This lengthy period is significant in relation to Binnie J.'s statement that he had no recollection of his involvement because it is a factor that a reasonable person would properly consider, and it makes bias or its apprehension improbable. Nor would a reasonable person, viewing the matter realistically, conclude that Binnie J.'s ability to remain impartial was unconsciously affected by a limited administrative and supervisory role dating back over 15 years.

Even if the involvement of a single judge had given rise to a reasonable apprehension of bias in this case, no reasonable person informed of the decision-making process of this Court and viewing it realistically could conclude that the eight other judges who heard the appeals were biased or tainted.

Cases Cited

Applied: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **distinguished:** *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272; **referred to:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *R. v. Gough*, [1993] A.C. 646; *The Queen v. Barnsley Licensing Justices*, [1960] 2 Q.B. 167; *The King v. Sussex Justices, Ex parte*

à son inhabilité. La préoccupation des bandes est la participation du juge Binnie à la présente affaire au milieu des années 1980. La preuve documentaire n'étaye toutefois pas l'existence d'une crainte raisonnable de partialité. Le juge Binnie n'a joué dans le différend en cause qu'un rôle de supervision et d'administration limité. Bien que le lien entre le juge Binnie et le présent litige ait dépassé la gestion *pro forma* des dossiers, ce dernier n'a jamais été l'avocat inscrit au dossier et il n'a pas joué de rôle actif dans le différend après le dépôt de l'action ni planifié la stratégie d'instance. Les opinions attribuées au juge Binnie ont été formulées dans le contexte des répercussions plus larges du processus de négociation plutôt que dans le contexte du litige. De plus, en sa qualité de sous-ministre adjoint, il était responsable de milliers de dossiers à l'époque pertinente et la question sur laquelle il s'est penché dans la présente affaire ne touchait pas exclusivement celle-ci mais concernait en général les réserves existantes en Colombie-Britannique. Fait plus important encore, le rôle limité de supervision qu'a joué le juge Binnie remonte à plus de 15 ans. Ce très long délai est important en ce qui concerne la déclaration du juge Binnie selon laquelle il n'avait aucun souvenir de sa participation à cette affaire, parce qu'il s'agit d'un facteur dont la personne raisonnable tiendrait à juste titre compte et qui rend improbable l'existence de partialité ou de crainte de partialité. Considérant la question de façon réaliste, cette personne ne conclurait pas non plus que le rôle limité d'administration et de supervision qu'a joué le juge Binnie dans ce dossier, il y a de cela plus de 15 ans, a inconsciemment influencé sa capacité de demeurer impartial.

Même si le rôle joué par un seul juge avait fait naître une crainte raisonnable de partialité en l'espèce, aucune personne raisonnable connaissant le processus décisionnel de notre Cour et le considérant de façon réaliste ne saurait conclure que les huit autres juges étaient partiaux ou ont été influencés.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272; **arrêts mentionnés :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *R. c. Gough*, [1993] A.C. 646; *The Queen c. Barnsley Licensing Justices*, [1960] 2 Q.B. 167; *The King c.*

McCarthy, [1924] 1 K.B. 256; *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301; *Man O'War Station Ltd. v. Auckland City Council* (Judgment No. 1), [2002] 3 N.Z.L.R. 577, [2002] UKPC 28; *Panton v. Minister of Finance*, [2001] 5 L.R.C. 132, [2001] UKPC 33.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, Rule 3.

Authors Cited

Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa: The Council, 1998.
 Wilson, Bertha. "Decision-making in the Supreme Court" (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

MOTION FOR DIRECTIONS and MOTIONS TO VACATE a judgment of the Supreme Court of Canada, *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79. Motions dismissed.

Michael P. Carroll, Q.C., and *Malcolm Maclean*, for the appellants Roy Anthony Roberts et al.

John D. McAlpine, Q.C., and *Allan Donovan*, for the respondents/appellants Ralph Dick et al.

J. Vincent O'Donnell, Q.C., and *Jean Bélanger*, for the respondent Her Majesty the Queen.

Written submissions only by *Patrick G. Foy, Q.C.*, and *Angus M. Gunn, Jr.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Peter R. Grant* and *David Schulze*, for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band.

The following is the judgment delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND GONTHIER, IACOBUCCI, MAJOR, BASTARACHE, ARBOUR, LEBEL AND DESCHAMPS JJ. —

I. Introduction

The Wewaykum or Campbell River Indian Band ("Campbell River") and the Wewaikai or Cape

Sussex Justices, Ex parte McCarthy, [1924] 1 K.B. 256; *Dimes c. Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301; *Man O'War Station Ltd. c. Auckland City Council* (Judgment No. 1), [2002] 3 N.Z.L.R. 577, [2002] UKPC 28; *Panton c. Minister of Finance*, [2001] 5 L.R.C. 132, [2001] UKPC 33.

Lois et règlements cités

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 3.

Doctrine citée

Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*. Ottawa : Le Conseil, 1998.
 Wilson, Bertha. "Decision-making in the Supreme Court" (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

REQUÊTE SOLLICITANT DES DIRECTIVES et REQUÊTES EN ANNULATION de l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79. Requêtes rejetées.

Michael P. Carroll, c.r., et *Malcolm Maclean*, pour les appelants Roy Anthony Roberts et autres.

John D. McAlpine, c.r., et *Allan Donovan*, pour les intimés/appelants Ralph Dick et autres.

J. Vincent O'Donnell, c.r., et *Jean Bélanger*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Argumentation écrite seulement par *Patrick G. Foy, c.r.*, et *Angus M. Gunn, Jr.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Peter R. Grant* et *David Schulze*, pour les intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell.

Version française du jugement rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES GONTHIER, IACOBUCCI, MAJOR, BASTARACHE, ARBOUR, LEBEL ET DESCHAMPS —

I. Introduction

La bande indienne Wewaykum ou bande indienne de Campbell River (ci-après la « bande de

Mudge Indian Band (“Cape Mudge”) allege that the unanimous judgment of this Court in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79, with reasons written by Justice Binnie, is tainted by a reasonable apprehension of bias and should be set aside. The alleged reasonable apprehension of bias is said to arise from Binnie J.’s involvement in this matter in his capacity as federal Associate Deputy Minister of Justice over 15 years prior to the hearing of the bands’ appeals by this Court.

An allegation that a judgment may be tainted by bias or by a reasonable apprehension of bias is most serious. That allegation calls into question the impartiality of the Court and its members and raises doubt on the public’s perception of the Court’s ability to render justice according to law. Consequently, the submissions in support of the applicant bands and the other parties have been examined in detail as reflected in the following reasons.

After an analysis of the allegations and the record upon which they are based, all of which is attached as an appendix to these reasons, we have concluded that no reasonable apprehension of bias is established and hence that Binnie J. was not disqualified. The involvement of Binnie J. in this dispute was confined to a limited supervisory and administrative role, over 15 years prior to the hearing of the appeals. In his written statement filed as part of the record, Binnie J. has stated that he has no recollection of any involvement in this litigation, and no party disputes that fact. In light of this and for the reasons which follow, we are of the view that a reasonable person could not conclude that Binnie J. was suffering from a conscious or unconscious bias when he heard these appeals, and that, in any event, the unanimous judgment of this Court should not be disturbed. Accordingly, the motions to set aside this Court’s judgment of December 6, 2002, are dismissed.

Campbell River ») et la bande indienne Wewaikai ou bande indienne de Cape Mudge (ci-après la « bande de Cape Mudge ») prétendent que la décision unanime de la Cour dans l’arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, 2002 CSC 79, dont les motifs ont été exposés par le juge Binnie, est entachée d’une crainte raisonnable de partialité et devrait être annulée. Cette crainte raisonnable de partialité découlerait de la participation du juge Binnie à ce dossier en qualité de sous-ministre adjoint fédéral de la Justice plus de 15 ans avant l’audition des pourvois formés devant notre Cour par les bandes susmentionnées.

Le fait de prétendre qu’un jugement est entaché de partialité ou d’une crainte raisonnable de partialité constitue une très grave allégation. Une telle allégation met en question l’impartialité de la Cour et de ses juges et fait naître dans le public des doutes quant à la capacité de la Cour de rendre justice conformément au droit. Par conséquent, les observations présentées par les bandes requérantes et les autres parties ont été examinées minutieusement, comme en témoignent les motifs qui suivent.

Après analyse des allégations et des éléments sur lesquels elles reposent, éléments figurant tous à l’annexe des présents motifs, nous concluons qu’aucune crainte raisonnable de partialité n’a été établie et que, en conséquence, le juge Binnie n’était pas inhabile à connaître de l’affaire. Le juge Binnie n’a joué dans le différend en cause qu’un rôle de supervision et d’administration limité, et ce plus de 15 ans avant l’audition des pourvois. Dans sa déclaration écrite, qui a été versée au dossier des présentes requêtes, le juge Binnie affirme n’avoir aucun souvenir d’avoir participé au litige en cause et aucune des parties ne conteste cette affirmation. À la lumière de ce qui précède et pour les motifs qui suivent, nous sommes d’avis, d’une part, qu’une personne raisonnable ne saurait conclure que le juge Binnie a fait montre, consciemment ou inconsciemment, de partialité lorsqu’il a entendu les pourvois, et, d’autre part, qu’il n’y a de toute façon pas lieu d’écarter l’arrêt unanime de notre Cour. Par conséquent, les requêtes sollicitant l’annulation de l’arrêt rendu par la Cour le 6 décembre 2002 sont rejetées.

2

3

II. Factual Background

4

The bands have each presented motions to set aside the unanimous judgment of this Court, dated December 6, 2002, with reasons written by Binnie J. The judgment dismissed their appeals from an order of the Federal Court of Appeal. The motions to set aside allege that Binnie J.'s involvement as federal Associate Deputy Minister of Justice in the early stages of Campbell River's claim in 1985 and 1986 gives rise to a reasonable apprehension of bias by properly informed and right-thinking members of the public. These motions were brought following an application by the Crown in right of Canada for directions and were heard on June 23, 2003. Binnie J. had recused himself from any participation in this process after filing a statement as part of this record indicating that he had no recollection of participating in the litigation process involving these claims while serving in the Department of Justice.

5

Prior to his appointment to the Supreme Court of Canada in 1998, Binnie J. had a long and varied career as a practising lawyer. Called to the Ontario Bar in 1967, Binnie J. practised litigation with Wright & McTaggart and successor firms until 1982. Between 1982 and 1986, and of most relevance to these motions, Binnie J. served as Associate Deputy Minister of Justice for Canada, having joined the federal civil service on a secondment. As Associate Deputy Minister of Justice, Binnie J. was responsible for all litigation involving the government of Canada, except cases originating from the province of Quebec and tax litigation. He also had special responsibilities for aboriginal matters. Upon leaving the Department of Justice on July 31, 1986, Binnie J. joined the firm of McCarthy Tétrault where he remained until his appointment to this Court. Understandably, when Binnie J. left the Department of Justice, the files he worked on, in accordance with usual practice, remained with the Department of Justice. As a result, in the absence of recollection, judges who leave their firms or institutions do not have the ability to examine their

II. Les faits

Chacune des deux bandes a présenté une requête sollicitant l'annulation de l'arrêt unanime de notre Cour daté du 6 décembre 2002, dont les motifs ont été exposés par le juge Binnie. Cet arrêt a rejeté les pourvois formés par les bandes à l'encontre d'une ordonnance de la Cour d'appel fédérale. Dans leurs requêtes, les bandes prétendent que le rôle joué par le juge Binnie en tant que sous-ministre adjoint de la Justice aux premiers stades de la demande de la bande de Campbell River en 1985 et 1986 ferait naître, chez une personne bien renseignée et sensée, une crainte raisonnable de partialité. Ces requêtes, qui ont été déposées à la suite de la présentation par la Couronne d'une requête sollicitant des directives, ont été entendues le 23 juin 2003. Le juge Binnie s'est récusé relativement à ces requêtes, après avoir versé au dossier une déclaration indiquant qu'il n'avait aucun souvenir d'avoir participé au litige concernant les revendications en cause pendant qu'il travaillait au ministère de la Justice.

Avant d'être nommé juge à la Cour suprême du Canada en 1998, le juge Binnie a eu une carrière longue et diversifiée en tant que praticien. Admis au Barreau de l'Ontario en 1967, le juge Binnie a, jusqu'en 1982, été avocat plaideur au sein de l'étude Wright et McTaggart et des divers cabinets qui ont remplacé cette étude. De 1982 à 1986, période pertinente à l'égard des requêtes dont nous sommes saisis, le juge Binnie a été sous-ministre adjoint fédéral de la Justice, ayant joint les rangs de la fonction publique dans le cadre d'un détachement. À titre de sous-ministre adjoint de la Justice, le juge Binnie était responsable de tous les litiges auxquels était partie le gouvernement fédéral, sauf les affaires fiscales et les litiges émanant du Québec. Il assumait également des responsabilités particulières à l'égard des questions autochtones. Après avoir quitté le ministère de la Justice le 31 juillet 1986, le juge Binnie s'est joint au cabinet McCarthy Tétrault, où il est resté jusqu'à sa nomination à notre Cour. Évidemment, à son départ du ministère de la Justice, les dossiers auxquels il avait travaillé sont demeurés au

previous files in order to verify whether there has been any prior involvement in a matter coming before them.

To distinguish between his role as judge and as Associate Deputy Minister, Justice Binnie is referred to in these reasons as Binnie J. and Binnie respectively.

A. *The Original Appeals*

To understand the allegations of reasonable apprehension of bias, it is necessary to examine the factual and procedural background of this case. Campbell River and Cape Mudge are sister bands of the Laich-kwil-tach First Nation. Since the end of the 19th century, members of each band have inhabited two reserves located a few miles from each other on the east coast of Vancouver Island. In particular, members of Campbell River inhabit Reserve No. 11 (Campbell River) and members of Cape Mudge inhabit Reserve No. 12 (Quinsam). In 1985 and 1989 respectively, Campbell River and Cape Mudge instituted legal proceedings against each other and the Crown. In these proceedings, each band claimed exclusive entitlement to both Reserves Nos. 11 and 12.

The bands' claims rely on a historical review of the process that led to the creation of the two reserves. In 1888, Mr. Ashdown Green, a federal government surveyor, recommended the creation of these reserves. In his report, however, he did not allocate the reserves to a particular band but rather to the Laich-kwil-tach Indians. The first Schedule of Indian Reserves, published in 1892 by the Department of Indian Affairs, listed Reserves Nos. 11 and 12 as belonging to Laich-kwil-tach Indians without any indication of how the reserves were to be distributed between the bands of the Laich-kwil-tach Indians. By 1902, the Schedule indicated that both reserves were allocated to the "Wewayakay" (Cape Mudge) Band. The Schedule allocated

ministère, conformément à la pratique habituelle en la matière. Par conséquent, les juges qui n'ont pas souvenir d'avoir participé à une affaire dont ils sont saisis n'ont pas la possibilité de consulter les dossiers qu'ils ont laissés à leur ancien cabinet ou organisme pour vérifier s'ils ont ou non participé à l'affaire en question.

Dans les présents motifs, les expressions « juge Binnie » et « M. Binnie » sont utilisées pour désigner celui-ci, selon qu'il est question de son rôle en tant que juge ou en tant que sous-ministre adjoint de la Justice.

A. *Les pourvois originaux*

Pour bien comprendre les allégations de crainte raisonnable de partialité, il est nécessaire d'examiner le contexte factuel et procédural de la présente affaire. La bande de Campbell River et la bande de Cape Mudge sont des bandes sœurs de la Première nation Laich-kwil-tach. Depuis la fin du 19^e siècle, les membres de ces bandes habitent des réserves situées à quelques milles l'une de l'autre sur la côte est de l'île de Vancouver. Plus précisément, les membres de la bande de Campbell River habitent la réserve n^o 11 (Campbell River) et les membres de la bande de Cape Mudge la réserve n^o 12 (Quinsam). En 1985 et 1989 respectivement, chacune des deux bandes a intenté une action en justice contre l'autre bande et contre la Couronne, revendiquant le droit exclusif aux deux réserves.

Les actions des bandes reposent sur un examen historique du processus ayant abouti à la création des deux réserves. En 1888, M. Ashdown Green, arpenteur du gouvernement fédéral, a recommandé la création de ces réserves. Dans son rapport, toutefois, il n'a pas attribué les réserves à une bande en particulier, mais plutôt aux Indiens Laich-kwil-tach. Le premier répertoire des réserves indiennes, publié en 1892 par le ministère des Affaires indiennes de l'époque, indiquait que les réserves n^{os} 11 et 12 appartenaient aux Indiens Laich-kwil-tach, sans préciser de quelle façon elles devaient être réparties entre les bandes faisant partie de la Première nation Laich-kwil-tach. En 1902, le répertoire indiquait que les deux réserves

6

7

8

Reserves Nos. 7 through 12 to Cape Mudge. The name of the Cape Mudge Band (“Wewayakay”) was written in the entry corresponding to Reserve No. 7. Ditto marks were used to reproduce the same reference for entries corresponding to Reserves Nos. 8 through 12.

9

The allocation of Reserve No. 11 to Cape Mudge created difficulties. Cape Mudge was not and had never been in possession of Reserve No. 11. Members of Campbell River had occupied the reserve for several years to the exclusion of Cape Mudge. In 1905, a disagreement between the two bands over fishing rights in the Campbell River led to a dispute over possession of Reserve No. 11. In 1907, this dispute was settled by a resolution in which Cape Mudge ceded to Campbell River any claim to Reserve No. 11, subject to retaining fishing rights in the area. This resulted in the Department of Indian Affairs modifying the 1902 Schedule of Indian Reserves by marking “We-way-akum band” (Campbell River) in the entry corresponding to Reserve No. 11. By inadvertence, the “ditto marks” in the subsequent entry corresponding to Reserve No. 12 were not altered creating the erroneous appearance that Reserve No. 12 was also allocated to Campbell River. However, the alteration of the Schedule was intended to refer only to Reserve No. 11 and there was no intention to make any change to Reserve No. 12.

10

In 1912, the McKenna McBride Commission was established to address continuing disagreements between the federal and provincial governments about the size and number of reserves in British Columbia. The Commission acknowledged that Reserve No. 11 was properly allocated to Campbell River but noted the irregularity that was the source of the confusion with respect to Reserve No. 12. Nevertheless, the Commission made no alteration to the Schedule so that matters remained with Cape Mudge occupying Reserve No. 12 and Campbell River occupying Reserve No. 11 subject to the fishing rights in the

étaient attribuées à la bande « Wewayakay » (Cape Mudge). Le nom de la bande de Cape Mudge « Wewayakay » était inscrit sur la ligne correspondant à la réserve n° 7 et des guillemets de répétition étaient utilisés à la place de ce nom sur les lignes correspondant aux réserves n°s 8 à 12.

L’attribution de la réserve n° 11 à la bande de Cape Mudge a engendré des difficultés, étant donné que cette bande n’était alors pas en possession de cette réserve et ne l’avait d’ailleurs jamais été. Les membres de la bande de Campbell River l’occupaient exclusivement depuis plusieurs années. En 1905, un différend entre les deux bandes au sujet des droits de pêche dans la rivière Campbell s’est étendu à la possession de la réserve n° 11. En 1907, le différend a été réglé au moyen d’une résolution par laquelle la bande de Cape Mudge cédait à la bande de Campbell River tout droit à la réserve n° 11, conservant toutefois des droits de pêche dans ce secteur. Cette démarche a amené le ministère des Affaires indiennes à modifier le répertoire des réserves indiennes de 1902 en inscrivant le nom [TRADUCTION] « Bande We-way-akum » (Campbell River) sur la ligne correspondant à la réserve n° 11. Par inadvertance, on a laissé les « guillemets de répétition » figurant sur la ligne suivante correspondant à la réserve n° 12, donnant ainsi faussement l’impression que cette réserve était elle aussi attribuée à la bande de Campbell River. Cependant, la modification du répertoire ne visait que la réserve n° 11 et on n’avait nullement entendu apporter quelque changement que ce soit à la situation de la réserve n° 12.

En 1912, la Commission McKenna McBride a été établie et chargée d’examiner les différends qui persistaient entre le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique relativement au nombre et à la taille des réserves dans cette province. La Commission a reconnu que la réserve n° 11 avait à juste titre été attribuée à la bande de Campbell River, mais elle a relevé l’irrégularité à l’origine de la confusion touchant la réserve n° 12. Néanmoins, la Commission n’a pas modifié le répertoire, de sorte que la bande de Cape Mudge a continué d’occuper la réserve n° 12 et la bande de Campbell River la réserve n° 11, sous réserve des

waters of the Campbell River given to Cape Mudge.

The McKenna McBride Report did not receive approval by the province. Both the provincial and federal governments then established the Ditchburn Clark Commission to resolve the outstanding federal-provincial disagreements. In its 1923 report, the Ditchburn Clark Commission restated the position proposed in the McKenna McBride Report concerning Reserves Nos. 11 and 12. In 1924, both levels of government adopted the McKenna McBride recommendations as modified by the Ditchburn Clark Commission. In 1938, a provincial Order-in-Council was issued transferring administration and control of the reserve lands to the federal Crown.

In the 1970s, a dispute between the bands resurfaced. Eventually, in December 1985, Campbell River started an action against the Crown and Cape Mudge in the Federal Court. It claimed that the Crown had acted in breach of its fiduciary duty, had acted negligently, had committed fraud, equitable fraud and deceit, and had breached and continued to breach statutory duties owed to Campbell River. Campbell River further claimed that Cape Mudge had trespassed and continued to trespass on Reserve No. 12. In 1989, Cape Mudge counterclaimed against Campbell River and brought its own claim against the Crown. Cape Mudge claimed that the Crown had breached its fiduciary duty, duty of trust and statutory duties under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Each band thus claimed both reserves for itself, but sought compensation from the Crown as relief rather than dispossession of either band from their respective Reserves Nos. 11 and 12.

The two joined actions were heard together in the Federal Court, Trial Division by Teitelbaum J.

droits de pêche dans la rivière Campbell accordés à la bande de Cape Mudge.

Le rapport McKenna McBride n'a pas reçu l'aval de la province. Les gouvernements fédéral et provincial ont alors établi la Commission Ditchburn Clark en vue de résoudre les différends qui continuaient de les opposer. Dans le rapport qu'elle a produit en 1923, la Commission Ditchburn Clark a repris la position avancée dans le rapport McKenna McBride relativement aux réserves n^{os} 11 et 12. En 1924, les deux gouvernements ont adopté les recommandations de la Commission McKenna McBride, telles qu'elles avaient été modifiées par la Commission Ditchburn Clark. En 1938, la province a pris un décret transférant à la Couronne fédérale la maîtrise et l'administration des terres relatives aux réserves.

Le différend opposant les bandes a repris naissance dans les années 1970. En fin de compte, en décembre 1985, la bande de Campbell River a intenté une action en Cour fédérale contre la Couronne et la bande de Cape Mudge. L'action reprochait à la Couronne d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire, de s'être rendue coupable de négligence, de fraude, de fraude en equity et de dol, en plus d'avoir manqué et de continuer à manquer à ses obligations légales envers la bande de Campbell River. Cette dernière a également prétendu que la bande de Cape Mudge était coupable d'intrusion et d'intrusion permanente sur la réserve n^o 12. En 1989, la bande de Cape Mudge a présenté une demande reconventionnelle contre la bande de Campbell River ainsi qu'une action contre la Couronne. La bande de Cape Mudge reprochait à la Couronne d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire, à son devoir de loyauté et aux obligations qui lui incombent en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Par conséquent, chaque bande revendiquait les deux réserves (11 et 12) pour elle-même, mais, à titre de réparation, demandait au tribunal non pas de déposséder l'autre bande de sa réserve mais plutôt de condamner la Couronne à lui verser une indemnité.

Les deux actions ont été réunies et entendues ensemble par le juge Teitelbaum de la section

11

12

13

The trial lasted 80 days and the actions were dismissed on September 19, 1995 (99 F.T.R. 1). The bands appealed to the Federal Court of Appeal. By unanimous judgment the appeals were dismissed on October 12, 1999 (247 N.R. 350).

de première instance de la Cour fédérale. Le procès a duré 80 jours et les actions ont été rejetées le 19 septembre 1995 (99 F.T.R. 1). Les bandes ont interjeté appel à la Cour d'appel fédérale, qui les a déboutées de leur appel dans un jugement unanime rendu le 12 octobre 1999 (247 N.R. 350).

14 The bands applied for and were granted leave to appeal on October 12, 2000, [2000] 2 S.C.R. vii. The appeals were heard by the full Court on December 6, 2001. On December 6, 2002, in reasons written by Binnie J. and concurred in unanimously, the appeals were dismissed. The Court held that the Crown had not breached its fiduciary duty to either band. In any event, it found that the equitable defences of laches and acquiescence were available to the Crown. As well, the Court concluded that the bands' claims were statute barred under the applicable statutes of limitations.

Les bandes ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, autorisation qui leur a été accordée le 12 octobre 2000, [2000] 2 R.C.S. vii. Les appels ont été entendus par la Cour au complet le 6 décembre 2001 et, le 6 décembre 2002, ils ont été rejetés dans des motifs exposés par le juge Binnie et auxquels ont souscrit tous les autres juges de la Cour. Celle-ci a jugé que la Couronne n'avait pas manqué à son obligation de fiduciaire envers l'une ou l'autre bande et que, de toute façon, la Couronne pouvait invoquer des moyens de défense fondés sur l'équité, à savoir l'acquiescement et le manque de diligence. En outre, la Cour a conclu que les actions des bandes étaient prescrites en vertu des dispositions législatives applicables en la matière.

B. *The Access to Information Request*

B. *La demande d'accès à l'information*

15 In February 2003, a request under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, made by Campbell River was received by the Department of Justice. The request sought:

En février 2003, le ministère de la Justice a reçu une demande d'accès à l'information présentée par la bande de Campbell River en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, ch. A-1. Dans cette demande, la bande sollicitait la communication des éléments suivants :

... copies of all records, including letters, correspondence and internal memoranda to, from or which make reference to Mr. William Binnie (Ian Binnie) [now Justice Binnie] in the matter of the claim against Canada by the Wewaykum (or Campbell River) Indian Band and the Wewaikai (or Cape Mudge) Indian Band for Quinsam IR 12 and Campbell River IR 11 between the years 1982 and 1986.

[TRANSLATION] ... copies, pour la période de 1982 à 1986, de tous documents, notamment lettres, correspondance et notes de service internes qui soit avaient été expédiées à M. William Binnie (Ian Binnie) [maintenant le juge Binnie], soit émanaient de ce dernier ou encore faisaient mention de lui et qui se rapportaient à la demande présentée contre le gouvernement fédéral par la bande indienne Wewaykum (ou Campbell River) et la bande indienne Wewaikai (ou Cape Mudge) à l'égard de la RI 12 Quinsam et la RI 11 Campbell River.

16 During the hearing of these motions, counsel for Campbell River explained the origin of the access to information request. Subsequent to the release of the Court's reasons, the band's solicitor, Mr. Robert

Durant l'audition des requêtes dont nous sommes saisis, les avocats de la bande de Campbell River ont expliqué les origines de la demande d'accès à l'information. À la suite du dépôt des motifs de la

T. Banno, reviewed the reasons with the band and, as stated by its counsel, the band was upset both by the tone and the result of the appeal. Counsel for Campbell River stated that:

They were upset, quite frankly, with the tenor of the reasons in the sense that the claim had been dismissed; some of the words used were “a paper claim”. And in effect they thought, as parties sometimes feel when they lose cases, that their arguments had not been properly addressed.

Counsel for Campbell River offered the following explanation as to why an unsuccessful litigant would be unusually inclined to present an access to information request about one of the authors of the reasons of the Court:

Now, one could look at the FOI [freedom of information] request and could sort of infer something from it other than perhaps a proper -- well, something improper about doing it. In my submission, what happens if a client is upset, an FOI request may be the very thing to satisfy that client or that litigant that everything is fine. I mean that may be the type of situation that comes back -- the FOI request comes back with nothing and the client is satisfied. Well, the chips fall where they fall. . . .

. . . .

. . . in something like this, in sitting down with a client and -- a litigant and explaining what has happened, this is the kind of thing that helps explain what has happened. You say, look, there is nothing untoward here, everything is above board.

. . . .

. . . in my submission, there should be no improper motive at all attributed to the filing of that information. That sometimes helps lawyers explain to litigants, helps quell those kinds of concerns.

Counsel for Campbell River offered this explanation as a rejection of any suggestion that Binnie J.'s involvement in the band's claim as Associate Deputy Minister in the Department of Justice

Cour, un autre des avocats de la bande, M. Robert T. Banno, a examiné ces motifs en compagnie de la bande et, comme l'ont rapporté les avocats de celle-ci en l'espèce, la bande était contrariée par le résultat du pourvoi et par le ton des motifs. Les avocats de la bande de Campbell River ont dit ceci :

[TRADUCTION] Ils étaient contrariés, pour être franc, par la teneur des motifs, en ce sens que l'action avait été rejetée; voici des mots qui ont été utilisés « revendications repos[a]nt sur des documents ». Et dans les faits ils estimaient, comme le font parfois les parties qui ont perdu leur procès, que leurs arguments n'avaient pas été considérés adéquatement.

Les avocats de la bande de Campbell River ont avancé l'argument suivant pour expliquer pourquoi une partie qui n'a pas eu gain de cause serait portée à présenter, geste par ailleurs inhabituel, une demande d'accès à l'information concernant l'un des auteurs des motifs de la Cour :

[TRADUCTION] Bon, il est possible de regarder la demande d'accès à l'information et d'y voir quelque chose d'autre qui ne serait peut-être pas approprié -- bien, qu'il y aurait quelque chose d'inapproprié à agir ainsi. Selon moi, dans le cas où le client est contrarié, une demande d'accès à l'information peut bien s'avérer la mesure qui saura convaincre le client ou la partie que tout est correct. Je veux dire qu'il peut s'agir du genre de situation où en bout de ligne -- la demande d'accès à l'information ne révèle rien et où le client est satisfait. Bien, adviennne que pourra. . .

. . . .

. . . dans une situation comme celle-là, lorsqu'on s'assoit avec un client et -- une partie et qu'on lui explique ce qui s'est passé, c'est le genre de mesure qui aide à expliquer ce qui est arrivé. On lui dit, regarde, il ne s'est rien passé de répréhensible, tout est régulier.

. . . .

. . . selon moi, il ne faut pas attribuer le dépôt de cette demande d'information à quelque motif inapproprié. Une telle mesure aide parfois les avocats à expliquer les choses aux parties, à dissiper ce genre d'inquiétudes.

Les avocats de la bande de Campbell River ont fourni ces explications afin de réfuter toute suggestion voulant qu'on ait soupçonné, avant ou pendant le pourvoi devant notre Cour, le rôle du juge Binnie

17

18

many years previous was suspected prior to or during the hearing before this Court but only investigated subsequently when a negative decision was rendered.

C. Results of the Access to Information Request

19

Pursuant to the access to information request, the Department of Justice found a number of internal memoranda to, from or making reference to Binnie and related to Campbell River's claim. These memoranda show that in late 1985 and early 1986, Binnie, in his capacity at that time as Associate Deputy Minister of Justice, received some information and attended a meeting in the early stages of Campbell River's claim. On May 23, 2003, the Assistant Deputy Attorney General, James D. Bissell, Q.C., wrote the Registrar of the Supreme Court of Canada to inform her that as a result of the preparation of the Department's response to the access to information request, it appeared "that Mr. W.I.C. Binnie in 1985 and early 1986, in the course of his duties as Associate Deputy Minister of Justice, participated in discussions with Department of Justice counsel in the *Wewaykum* [Campbell River] *Indian Band* case".

20

Accompanying Assistant Deputy Attorney General Bissell's letter to the Registrar were several documents, dated between 1985 and 1988, referring to Mr. Binnie and the Campbell River claim against Canada in regard to Reserves Nos. 11 and 12. Assistant Deputy Attorney General Bissell advised the Registrar that, in view of its duty as an officer of the Court, the Department was waiving solicitor-client privilege to these documents and that they would be provided to the requester under the *Access to Information Act*. He also advised that the Department intended to file a motion for directions, pursuant to Rule 3 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, as to what steps, if any, should be

relativement à la demande de la bande il y a de cela de nombreuses années en tant que sous-ministre adjoint au sein du ministère de la Justice, mais qu'on n'ait enquêté à ce sujet qu'une fois rendue la décision défavorable.

C. Résultats de la demande d'accès à l'information

Par suite de la demande d'accès à l'information, le ministère de la Justice a trouvé un certain nombre de notes de service internes qui soit avaient été expédiées à M. Binnie, soit émanaient de ce dernier ou encore faisaient mention de lui et qui se rapportaient à la demande de la bande de Campbell River. Ces notes de service indiquent que, à la fin de 1985 et au début de 1986, M. Binnie, en sa qualité de sous-ministre adjoint de la Justice à l'époque, a reçu certains renseignements et assisté à une réunion au cours des premiers stades de la demande de la bande de Campbell River. Le 23 mai 2003, le sous-procureur général adjoint, James D. Bissell, c.r., a écrit à la registraire de la Cour suprême du Canada pour l'informer que, par suite de la préparation de la réponse du ministère à la demande d'accès à l'information, il semblait ressortir de l'information colligée [TRADUCTION] « que M. W.I.C. Binnie, en 1985 et au début de 1986, dans le cours de ses fonctions de sous-ministre adjoint de la Justice, a participé à des discussions avec des avocats du ministère de la Justice relativement à l'affaire *Bande indienne Wewaykum* [Campbell River] ».

Étaient joints à la lettre adressée à la registraire par le sous-procureur général adjoint Bissell plusieurs documents, datés de 1985 à 1988, faisant état du nom de M. Binnie et de la demande de la bande de Campbell River contre le gouvernement fédéral relativement aux réserves nos 11 et 12. M. Bissell indiquait à la registraire que, en tant qu'auxiliaire de la justice, le ministère de la Justice renonçait au privilège du secret professionnel de l'avocat à l'égard de ces documents et que ceux-ci seraient communiqués à l'auteur de la demande d'accès présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. Il a également indiqué que le ministère entendait présenter, conformément à l'art. 3 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, une

taken by reason of the information found in his letter. Attached to the letter was a Statement setting forth the following factual information that is part of the motion record:

1. The case of *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] S.C.C. 79, file no. 27641 was heard in the Supreme Court of Canada on December 6, 2001 and judgment was rendered December 6, 2002.
2. The original claim in the case was filed in December 1985 and the original Defense on behalf of the Crown was filed on February 28, 1986.
3. The trial judgment was released by the Federal Court Trial Division on September 19, 1995 and the appeal judgment was released on October 12, 1999 by the Federal Court of Appeal.
4. Mr. W.I.C. Binnie was Associate Deputy Minister of Justice from September 2nd, 1982 until July 31st, 1986; at that time he left the Department of Justice and entered private practice.
5. As Associate Deputy Minister, Mr. Binnie's duties included responsibility for all litigation, civil as well as criminal matters, involving the Government of Canada as a party, arising in the common law provinces and territories of Canada; in that context he would have had under his general supervisory authority thousands of cases. In addition to his responsibilities for litigation, Mr. Binnie was also responsible for Native Law in the Department.
6. In the course of the preparation of a response to a request for information under the *Access to Information Act* received in February 2003, it has come to light that Mr. Binnie had occasion to discuss the case with Department of Justice counsel, in late 1985 and early 1986.
7. In the course of preparing for the hearing of the case before the Supreme Court of Canada, Department of Justice counsel noted the fact of Mr. Binnie's position as Associate Deputy Minister in 1985 and 1986, and asked themselves whether Mr. Binnie had had any specific involvement in the case.
8. Counsel did not conduct a thorough examination of the files. Consequently, Mr. Binnie's involvement was not discovered by counsel at that time.

requête sollicitant des directives quant aux démarches qui pourraient devoir être prises en raison des renseignements figurant dans sa lettre. Était annexée à cette lettre une déclaration énonçant les faits suivants qui font partie du dossier présenté au soutien de la requête :

[TRADUCTION]

1. L'affaire *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] C.S.C. 79, n° du greffe 27641 a été entendue par la Cour suprême du Canada le 6 décembre 2001 et jugement a été rendu le 6 décembre 2002.
2. La déclaration initiale dans cette affaire a été déposée en décembre 1985 et la défense initiale de la Couronne a été déposée le 28 février 1986.
3. La Section de première instance de la Cour fédérale a rendu jugement le 19 septembre 1995 et la Cour d'appel fédérale le 12 octobre 1999.
4. M. W.I.C. Binnie a occupé la charge de sous-ministre adjoint de la Justice du 2 septembre 1982 jusqu'au 31 juillet 1986, date à laquelle il a quitté le ministère de la Justice pour aller exercer le droit dans le secteur privé.
5. En tant que sous-ministre adjoint, M. Binnie était notamment responsable de tous les litiges, tant en matières civiles que pénales, auxquels était partie le gouvernement du Canada dans les provinces et territoires de common law; dans ce contexte, il supervisait de façon générale des milliers de dossiers. Outre ses responsabilités en matière de contentieux, M. Binnie était également responsable du droit relatif aux Autochtones au sein du ministère.
6. L'information découverte dans le cours de la préparation de la réponse à la demande de renseignements fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* reçue en février 2003 a révélé que M. Binnie avait eu l'occasion de discuter de l'affaire avec des avocats du ministère de la Justice à la fin de 1985 et au début de 1986.
7. Lorsqu'ils se préparaient en vue de l'audition de l'affaire par la Cour suprême du Canada, les avocats du ministère de la Justice ont relevé le fait que M. Binnie était sous-ministre adjoint en 1985 et 1986 et se sont demandé si ce dernier avait participé de façon particulière au dossier.
8. Les avocats n'ont pas procédé à un examen exhaustif des dossiers. Par conséquent, ils n'ont pas découvert à ce moment-là le rôle joué par M. Binnie.

21 Copies of Assistant Deputy Attorney General Bissell's letter, the Statement and the documents were provided to counsel for the other parties and the interveners.

D. *The Motion for Directions*

22 The Crown served and filed a motion for directions on May 26, 2003, on the following grounds:

1. Judgment in this appeal was handed down on December 6, 2002. The appeal from the Federal Court of Appeal was unanimously dismissed (9:0). The Honourable Mr. Justice Binnie wrote the decision;
2. It has recently come to the attention of counsel for the Respondent, Her Majesty The Queen, that in 1985 and 1986, when Mr. Justice Binnie was Associate Deputy Minister of Justice (Litigation), he had been involved in some of the early discussions within the Department of Justice regarding the proceeding that eventually came before the Court as this appeal;
3. The Respondent therefore brings this motion in order to formally place this fact before the Court, and to ask this Court for directions as to any steps to be taken.

23 Produced with the motion for directions were the documents referring to Mr. Binnie while in the employ of the Department of Justice and Campbell River's claim in relation to Reserves Nos. 11 and 12. Upon receipt of the motion by the Court, Binnie J. recused himself from any further proceedings on this matter and, on May 27, 2003, filed the following statement with the Registrar of the Supreme Court:

With respect to the Motion for Directions filed yesterday by the Crown, would you please place this note on the Court file and communicate its contents to counsel for the parties.

It is a matter of public record that between September 1982 and July 1986 I was Associate Deputy Minister of Justice responsible for all litigation for and against the federal Crown except tax matters and cases in Quebec.

Des exemplaires de la lettre du sous-procureur général adjoint Bissell, de la déclaration reproduite plus haut et des documents joints à la lettre ont été communiqués aux avocats des autres parties et des intervenants.

D. *La demande de directives*

Le 26 mai 2003, la Couronne a déposé et fait signifier une requête sollicitant des directives dans laquelle elle invoquait les moyens suivants :

[TRADUCTION]

1. Jugement a été rendu dans le présent pourvoi le 6 décembre 2002. L'appel formé contre la décision de la Cour d'appel fédérale a été rejeté à l'unanimité (9:0). L'honorable juge Binnie a rédigé la décision;
2. il a récemment été porté à l'attention de l'avocat de l'intimée, Sa Majesté la Reine, que, en 1985 et 1986, lorsque M. le juge Binnie était sous-ministre adjoint de la Justice (secteur du contentieux), ce dernier a participé à certaines discussions préliminaires au sein du ministère relativement à l'instance qui a éventuellement donné lieu au présent pourvoi devant la Cour;
3. l'intimée dépose en conséquence la présente requête afin de communiquer officiellement ce fait à la Cour et de demander des directives quant aux démarches qui devraient, le cas échéant, être prises.

Ont été produits, avec la requête sollicitant des directives, des documents concernant M. Binnie pendant qu'il travaillait au ministère de la Justice et la demande de la bande de Campbell River relativement aux réserves n^{os} 11 et 12. Dès la réception de la requête par la Cour, le juge Binnie s'est récusé à l'égard de toutes procédures ultérieures dans cette affaire et, le 27 mai 2003, il a déposé la déclaration suivante auprès de la registraire de la Cour suprême :

[TRADUCTION] Relativement à la requête sollicitant des directives qu'a présentée la Couronne hier, je vous saurais gré de verser la présente note au dossier de la Cour et d'en communiquer la teneur aux avocats des parties.

Il est notoire que, de septembre 1982 à juillet 1986, j'ai occupé la charge de sous-ministre adjoint de la Justice et que, à ce titre, j'étais responsable de toutes les poursuites intentées par la Couronne fédérale ou contre

This included Indian claims. At any given time, the responsibility covered several thousand cases.

When this appeal was pending before the Court in 2002, I had no recollection of personal involvement 17 years earlier at the commencement of this particular file, which was handled by departmental counsel in the Vancouver Regional Office.

I do not recall anything about any involvement in this case to add to what is set out in the departmental file.

I recuse myself from consideration of the pending motion.

The Court invited further submissions by the parties with respect to the Crown's motion for directions. The Crown filed a memorandum in which it submitted that there was no reasonable apprehension of bias affecting the Court's judgment as a result of Binnie J.'s employment in the Department of Justice and involvement in this matter some 17 years earlier and for which he had no recollection. In response, Cape Mudge sought an order setting aside the Court's judgment of December 6, 2002, and requesting that the Court recommend that the parties enter into a negotiation and reconciliation process. In the alternative, Cape Mudge sought an order suspending the operation of the judgment for a period of four months to permit negotiation and reconciliation between the parties with further submissions to the Court if required.

Campbell River for its part sought an order vacating the Court's judgment of December 6, 2002, and the reasons for judgment, as well as an order permitting a further application for relief in the event the Supreme Court's decision was vacated. The Crown opposed both motions. It also opposed Cape Mudge's submission that further negotiation would be an appropriate remedy in this matter.

celle-ci, sauf les affaires fiscales et celles se déroulant au Québec. Ces poursuites incluaient les affaires concernant des Indiens. À tout moment durant cette période, j'étais responsable de plusieurs milliers de dossiers.

Lorsque le pourvoi en cause était pendant devant notre Cour en 2002, il ne m'est revenu aucun souvenir d'avoir participé personnellement à ce dossier 17 ans plus tôt lorsque l'affaire a pris naissance. Ce sont des avocats du ministère au bureau régional de Vancouver qui s'occupaient de ce dossier.

Je ne me rappelle pas avoir participé de quelque façon à cette affaire au-delà de ce qui est indiqué dans le dossier du ministère.

Je me récusé à l'égard de la requête susmentionnée.

La Cour a invité les parties à présenter des observations supplémentaires à l'égard de la demande de directives de la Couronne. Cette dernière a déposé un mémoire dans lequel elle soutient qu'aucune crainte raisonnable de partialité n'a entaché la décision de la Cour du fait de la charge occupée par le juge Binnie au ministère de la Justice et de sa participation quelque 17 années plus tôt à un dossier à l'égard duquel il n'avait aucun souvenir. La bande de Cape Mudge a répondu en sollicitant une ordonnance annulant l'arrêt rendu par la Cour le 6 décembre 2002 et demandant à la Cour de recommander aux parties d'amorcer un processus de négociation et de réconciliation. Subsidiairement, la bande de Cape Mudge a demandé une ordonnance suspendant l'application du jugement pendant une période de quatre mois pour permettre aux parties de participer à un processus de négociation et de réconciliation et de présenter au besoin des observations supplémentaires à la Cour.

Pour sa part, la bande de Campbell River a demandé une ordonnance annulant le jugement et les motifs de jugement déposés par la Cour le 6 décembre 2002, ainsi qu'une ordonnance autorisant la présentation d'une demande de redressement supplémentaire en cas d'annulation de la décision de la Cour. La Couronne a contesté les deux requêtes ainsi que la prétention de la bande de Cape Mudge selon laquelle la tenue de négociations supplémentaires constituerait une réparation appropriée en l'espèce.

24

25

26 The Attorney General of British Columbia, an intervenor, submitted that there was no reasonable apprehension of bias and that the motions to vacate should be dismissed.

27 Several other interveners, being the Gitanmaax Band, the Kispiox Band and the Glen Vowell Band, submitted that the Court's judgment should be vacated.

E. *Details of Binnie J.'s Involvement in the Appellants' Litigation 1985-86*

28 We turn now to the documents produced by the Crown, in order to determine the nature and extent of Binnie's involvement in the Campbell River claim in 1985-86. Seventeen documents were produced by the Crown. As noted previously, the documents are reproduced in their entirety in the Appendix. All documents were shown to or seen by Binnie in his official capacity as Associate Deputy Minister of Justice. Where relevant, the documents relate to the Campbell River claim. Cape Mudge's claim was commenced in 1989, several years after Binnie left the Department of Justice. As can be seen, the 17 documents include one letter and 16 internal memoranda. The letter, dated May 23, 1985, is from Binnie to Chief Sol Sanderson of the Federation of Saskatchewan Indian Nations and is obviously not relevant to these motions. Of the remaining 16 documents, two were produced twice; they are the memorandum dated December 13, 1985, and the memorandum dated February 25, 1986, from Ms. Mary Temple to Binnie. Consequently, 14 documents require examination, which will be done in chronological order.

29 Memorandum No. 1, dated June 19, 1985, is a memo to file written by Ms. Temple, Acting Senior Counsel, Office of Native Claims. The memorandum refers to Binnie by reason of the fact that it includes a reference to his letter of May 23, 1985, to Chief Sanderson. The memorandum does not detail any involvement of Binnie

Le procureur général de la Colombie-Britannique, un intervenant, a plaidé qu'il n'a pas existé de crainte raisonnable de partialité et que les requêtes en annulation devaient être rejetées.

Plusieurs autres intervenants, en l'occurrence la bande Gitanmaax, la bande Kispiox et la bande de Glen Vowell ont avancé que l'arrêt de la Cour devait être annulé.

E. *Le détail de la participation du juge Binnie dans l'action des appelants en 1985-1986*

Nous allons maintenant examiner les documents produits par la Couronne pour déterminer la nature et l'étendue de la participation de M. Binnie relativement à la demande de la bande de Campbell River en 1985 et 1986. La Couronne a produit dix-sept documents. Comme il a été indiqué plus tôt, les documents en question sont reproduits intégralement à l'annexe. Tous ces documents ont été montrés à M. Binnie ou vus par celui-ci dans le cours de ses fonctions de sous-ministre adjoint de la Justice. Les documents pertinents se rapportent à la demande de la bande de Campbell River. L'action de la bande de Cape Mudge a été intentée en 1989, plusieurs années après le départ de M. Binnie du ministère de la Justice. Comme on peut le constater, les 17 documents sont constitués d'une lettre et de 16 notes de service internes. La lettre, datée du 23 mai 1985, est signée par M. Binnie et adressée au chef Sol Sanderson de la Federation of Saskatchewan Indian Nations et elle n'est manifestement pas pertinente à l'égard des requêtes dont nous sommes saisis. Des 16 autres documents, deux ont été produits en double. Il s'agit en l'occurrence de la note de service datée du 13 décembre 1985 et de celle du 25 février 1986 de M^{me} Mary Temple à M. Binnie. Par conséquent, 14 documents doivent être examinés et nous le ferons chronologiquement.

La note de service n^o 1, datée du 19 juin 1985, est une « note pour le dossier » rédigée par M^{me} Temple, avocate-conseil par intérim, Bureau des revendications des Autochtones. Le nom de M. Binnie figure dans cette note de service parce qu'on y fait mention de la lettre du 23 mai 1985 au chef Sanderson. La note ne donne aucune

in the Campbell River claim and is of no relevance to these motions.

Memorandum No. 2, dated August 9, 1985, is from Ms. Temple to Binnie. The memo pre-dates Campbell River's statement of claim. It indicates that an issue raised by the Campbell River claim and another matter known as the Port Simpson claim were referred to Mr. Tom Marsh of the Vancouver Office for his opinion. The memo further states that Mr. Marsh's opinion would not be ready before the middle of September. It concludes with a request to be informed of any further communications with respect to the Port Simpson opinion from Band representatives.

Memorandum No. 3 also pre-dates Campbell River's statement of claim. It is from Mr. R. Green, General Counsel in the Department of Indian Affairs and Northern Development, to Binnie and is dated October 11, 1985. This memo, which relates to the Campbell River and Port Simpson claims, was prepared for a meeting between Binnie and Mr. Green to discuss a legal issue "which potentially touches on all claims from B.C. bands, or at least all involving a determination of rights and liabilities arising out of the pre-McKenna/McBride period". The memo addresses the gazetting of notices and reserve creation in British Columbia. In his memo, Mr. Green refers to the work of Mr. Marsh and sets out three likely interpretations of the B.C. legislation:

1. no reserve is legally established until the notice is Gazetted;
2. the Gazetting provision is for the purpose of land banking;
3. the Gazetting process is a condition precedent to transferring administration and control of reserves

précision sur un quelconque rôle de M. Binnie dans la demande de la bande de Campbell River et elle n'est pas pertinente à l'égard des requêtes dont nous sommes saisis en l'espèce.

La note de service n° 2, datée du 9 août 1985, est une note de M^{me} Temple à M. Binnie. Cette note de service est antérieure à la déclaration déposée par la bande de Campbell River dans l'action. La note indique qu'une question soulevée par la revendication de la bande de Campbell River et celle de la bande de Port Simpson avait été soumise à M. Tom Marsh du bureau de Vancouver pour obtenir son avis à cet égard. On précise également dans la note que cet avis ne sera pas prêt avant le milieu de septembre. L'auteur de la note termine en demandant à être informée de toute communication des représentants de la bande de Port Simpson concernant l'avis relatif à la revendication de la bande.

La note de service n° 3 est également antérieure à la déclaration produite par la bande de Campbell River dans l'action. Cette note, datée du 11 octobre 1985, a été expédiée à M. Binnie par M. R. Green, avocat général au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. La note de service, qui porte sur les revendications des bandes de Campbell River et de Port Simpson, a été préparée en vue d'une rencontre entre MM. Binnie et Green où ceux-ci devaient discuter d'une question de droit [TRADUCTION] « qui concerne potentiellement toutes les revendications présentées par des bandes de la C.-B., ou à tout le moins les revendications requérant la détermination de droits et obligations découlant de la période antérieure à McKenna/McBride ». La note de service traite de la création des réserves en Colombie-Britannique et de la publication d'avis à cet égard dans la Gazette. Dans sa note, M. Green fait état de l'avis préparé par M. Marsh et énumère trois interprétations pouvant être données des dispositions législatives pertinentes de la C.-B. :

[TRADUCTION]

1. aucune réserve n'est légalement établie tant que l'avis à cet effet n'a pas été publié dans la Gazette;
2. les dispositions relatives à la publication dans la Gazette visent la constitution de réserves foncières;
3. la procédure de publication d'un avis dans la Gazette est un préalable au transfert au fédéral de la maîtrise

30

31

to the federal government but not to the creation of the Indian interest.

et de l'administration des réserves mais non à la création d'un intérêt en faveur des Indiens.

32 A handwritten note on the margin, presumably from Mr. Green to Binnie, reads: "On the surface argument 3 seems to be the least damaging way to go."

On peut lire, dans la marge, la note manuscrite suivante, vraisemblablement rédigée par M. Green à M. Binnie : [TRADUCTION] « À première vue le 3^e argument semble le moyen le moins préjudiciable à invoquer. »

33 Memorandum No. 4, dated December 12, 1985, is from Mr. Duff Friesen, General Counsel, Civil Litigation Section, to Binnie. In it, Mr. Friesen proposes that Campbell River's statement of claim, filed on December 2, 1985, be referred to the Vancouver Regional Office of the Department of Justice. In a handwritten note on the memo, Binnie wrote "I agree".

La note de service n° 4, datée du 12 décembre 1985, est adressée à M. Binnie par M. Duff Friesen, avocat général, Section du contentieux des affaires civiles. Dans cette note, M. Friesen propose de confier au Bureau régional de Vancouver du ministère de la Justice la déclaration déposée par la bande de Campbell River, le 2 décembre 1985. À la main, sur la note, M. Binnie a écrit [TRADUCTION] « Je suis d'accord ».

34 Memorandum No. 5, dated December 13, 1985, is from Ms. Temple to Mr. G. Donegan, General Counsel, Vancouver Regional Office, and copied to Binnie. The memo indicates that Campbell River had filed a statement of claim and intended to proceed by way of litigation rather than negotiation under the Department of Indian Affairs policy. The memo also indicates that certain aspects of the claim were the subject of correspondence with Mr. Marsh of the Vancouver Regional Office and were also discussed with Binnie in Ottawa. With respect to these discussions, Ms. Temple wrote that:

La note de service n° 5, datée du 13 décembre 1985, est adressée par M^{me} Temple à M. G. Donegan, avocat général, Bureau régional de Vancouver, et copie de cette note a été transmise à M. Binnie. L'auteur de la note indique que la bande de Campbell River a déposé une déclaration et entend recourir aux tribunaux plutôt que négocier dans le cadre de la politique du ministère des Affaires indiennes. M^{me} Temple précise en outre que certains aspects de la revendication ont fait l'objet de correspondance avec M. Marsh du Bureau régional de Vancouver et de discussions avec M. Binnie, à Ottawa. Au sujet de ces discussions, M^{me} Temple écrit ceci :

In particular, Ian Binnie formed the opinion that the McKenna McBride report, to the extent that it specified that Quinsam Reserve No. 12 was the Campbell River Band's Reserve, should be taken at its face value notwithstanding the apparent fact that the designation of the Reserve for this band stemmed from an administrative error in the list of reserves on which the Commission relied as its primary source of information.

[TRADUCTION] En particulier, Ian Binnie a exprimé l'avis que le rapport McKenna McBride, dans la mesure où il y est précisé que la réserve Quinsam n° 12 était la réserve de la bande de Campbell River, devrait être pris à la lettre, indépendamment du fait que l'attribution de la réserve à cette bande découle d'une erreur administrative dans la liste des réserves que la Commission a utilisée comme principale source de renseignements.

35 Memorandum No. 6, dated January 14, 1986, is from Binnie to Ms. Temple. It acknowledges receipt of Memorandum No. 5 and sets out the above-quoted passage from that memorandum. Binnie then wrote:

La note de service n° 6, datée du 14 janvier 1986, est adressée à M^{me} Temple par M. Binnie. Ce dernier accuse d'abord réception de la note de service n° 5 et reproduit l'extrait précité de cette note, puis il écrit ceci :

I recall some discussion about this, but not in the raw terms you have stated it. Could you let me have a note

[TRADUCTION] Je me souviens d'une discussion à ce sujet, mais pas dans les termes sommaires dans lesquels

setting out the factual circumstances of the case and the legal points addressed in our discussion and any other relevant legal points you think should be considered?

Memorandum No. 7, dated January 15, 1986, is from Binnie to Mr. Harry Wruck of the Vancouver Regional Office. In it Binnie wrote that he is delighted with the assignment of this matter to Mr. Bill Scarth (now Scarth J.). He further asks to be informed of anything that the Minister should be made aware of.

Memorandum No. 8, dated January 20, 1986, is from Ms. Temple to Binnie in response to Memorandum No. 6. In this memo, Ms. Temple describes the factual background of Campbell River's claim. She concludes the memo with the following description of their discussions in relation to the claim:

In our discussion of this claim in October 1985, we spent most of the time on another legal issue. However, when we turned to the issue of the effect of the McKenna McBride Commission report vis à vis Reserves No.'s 11 and 12, you indicated that such a qualification of the apparent terms of the McKenna McBride Report, as suggested by me, should not be supported and that a report should be accepted on its face so as to result in the legal vesting of an interest for the Campbell River Band only in these two reserves. My understanding of your reasons for such a position was that if we started to qualify the face of the record in any way, we would call into question other aspects of the McKenna McBride exercise.

The other issue on which we spent most of our time during the October discussion was in relation to the question of the effect of the B.C. Land Act Legislation on the establishment of Reserves during the time of the nineteen [*sic*] century reserve commissions. In particular, one interpretation of this legislation would have confirmed the necessity of publishing in the B.C. Gazette the decision of the B.C. Government or officials authorized by it to establish reserves for bands before a band could be considered to have a vested interest in such a reserve. We concluded that notwithstanding the basis for such an interpretation, we should maintain the position that at least with respect to the Campbell River and Quinsam Reserves there was no requirement to gazette notices of those reserves before

vous énoncez la chose. Pourriez-vous me faire parvenir une note exposant les faits de l'affaire et les questions de droit dont nous avons discuté, ainsi que toute autre question de droit pertinente qui, selon vous, devrait être examinée?

La note de service n° 7, datée du 15 janvier 1986, est une note de M. Binnie à M. Harry Wruck du Bureau régional de Vancouver. Dans cette note, M. Binnie écrit qu'il est ravi que le dossier ait été confié à M. Bill Scarth (maintenant le juge Scarth). Il demande en outre à être informé de toute question qui devrait être portée à l'attention du ministre.

La note de service n° 8, datée du 20 janvier 1986, est adressée à M. Binnie par M^{me} Temple en réponse à la note de service n° 6. Dans la note n° 8, M^{me} Temple expose les faits relatifs à la revendication de la bande de Campbell River et conclut en décrivant ainsi les discussions qu'ils ont eues au sujet de la revendication :

[TRADUCTION] Lors de notre discussion au sujet de cette revendication en octobre 1985, nous avons surtout parlé d'une autre question de droit. Cependant, lorsque nous avons abordé la question de l'effet du rapport de la Commission McKenna McBride sur les réserves n^{os} 11 et 12, vous avez indiqué qu'une interprétation des termes clairs du rapport McKenna McBride comme celle que j'ai proposée ne devrait pas être soutenue et que le rapport devrait être pris à la lettre, de sorte que seule la bande de Campbell River soit investie légalement d'un droit dans ces deux réserves. Si j'ai bien compris les raisons que vous invoquez au soutien de cette position, ce serait que, si nous commençons à mettre en doute de quelque façon que ce soit certains éléments tels qu'ils figurent au dossier, nous remettrions en question d'autres aspects du rapport McKenna McBride.

L'autre question à laquelle nous nous sommes attaqués lors de la discussion du mois d'octobre concernait l'effet de la loi de la C.-B. intitulée Land Act sur la création des réserves à l'époque des commissions des réserves au dix-neuvième siècle. En particulier, une des interprétations de cette loi aurait confirmé la nécessité de publier dans la Gazette de la C.-B. la décision du gouvernement de cette province, ou de ses fonctionnaires autorisés, de créer des réserves pour les bandes avant qu'on puisse considérer qu'une bande possède un intérêt dévolu dans une de ces réserves. Nous avons conclu que, quel que soit le fondement de cette interprétation, nous devrions continuer de soutenir, du moins en ce qui concerne les réserves de Campbell River et de Quinsam, qu'il

36

37

they could be considered to have been established. The legislation in question was somewhat ambiguous and our decision reflected an attempt to support an interpretation which was, of course, reasonably arguable but which also was reflective of the treatment of these reserves during the period preceeding [*sic*] the McKenna McBride report implementation.

As indicated in the above-quoted passage, the discussions referred to by Ms. Temple occurred in October 1985, before Campbell River filed its statement of claim and while the parties were still in the negotiation process.

38

Memorandum No. 9 is dated February 25, 1986, and is also from Ms. Temple to Binnie. The memo transmits to Binnie a copy of Campbell River's statement of claim. The memo clarifies that when Binnie participated in discussions in this case "it was still in the ONC [Office of Native Claims] claims process and before the Campbell River Band decided to proceed with litigation". The memo further advises that Mr. Scarth, who had earlier been retained and had carriage of the action, had been instructed to file a full defense. Ms. Temple also indicates in her memo that:

I would just like to note for your information that a full defense of the action by the Crown might involve the Crown in arguing some qualification or interpretation of the implementation of the McKenna McBride Report which was a position which in our discussions respecting negotiation of the claim you advised against. It seemed to Bob Green and I [*sic*] and to the Departmental officials that such a defense in the context of this court action was, nevertheless, justified.

39

Memorandum No. 10 is also dated February 25, 1986, and is from Ms. Temple to Mr. Scarth. The memo conveys instructions to file a full statement of defense. The following passage from this memo relates to Binnie's involvement in discussions relating to the claim:

Since such a defense might result in legal arguments which involve "going behind" the face of the McKenna

n'existait aucune obligation de publier un avis préalable dans la Gazette pour que l'on puisse considérer qu'elles avaient été créées. La loi en question était assez ambiguë et notre décision reflétait une tentative de soutenir une interprétation qui, bien sûr, était raisonnablement défendable, mais tenait compte aussi du traitement accordé à ces réserves pendant la période précédant la mise en œuvre du rapport McKenna McBride.

Comme il est mentionné dans l'extrait précité, les discussions auxquelles M^{me} Temple fait allusion sont survenues en octobre 1985, soit avant que la bande de Campbell River ne dépose sa déclaration dans l'action et pendant que les parties participaient encore au processus de négociation.

La note de service n^o 9, datée du 25 février 1986, est elle aussi adressée par M^{me} Temple à M. Binnie. L'auteur de la note a joint à celle-ci, à l'intention de M. Binnie, une copie de la déclaration de la bande de Campbell River. Dans la note, l'auteure précise que, lorsque M. Binnie et elle ont discuté de ce dossier, [TRADUCTION] « pendant que celui-ci suivait encore son cours dans le processus du Bureau des revendications des Autochtones et avant que la bande de Campbell River n'ait décidé de s'adresser aux tribunaux ». M^{me} Temple mentionne en outre que M. Scarth, dont les services avaient été précédemment retenus et qui était responsable de l'action, avait reçu instruction de présenter une défense complète. M^{me} Temple indique aussi ce qui suit dans sa note :

[TRADUCTION] Je tiens également à vous signaler, à titre d'information, que la présentation par la Couronne d'une défense complète pourrait amener cette dernière à faire une certaine atténuation ou interprétation de l'application du rapport McKenna McBride, position que vous avez déconseillée lors de nos discussions concernant les négociations. Il nous a semblé, à Bob Green, à moi, ainsi qu'aux fonctionnaires du ministère que, dans le contexte de la présente action, cette défense était néanmoins justifiée.

La note de service n^o 10, datée elle aussi du 25 février 1986, est une note de M^{me} Temple à M. Scarth. La note communique l'instruction de déposer une défense complète. Le passage suivant de cette note porte sur la participation de M. Binnie aux discussions concernant la revendication :

[TRADUCTION] Puisqu'une telle défense pourrait amener la présentation d'arguments juridiques impliquant le

McBride decisions as implemented by the legislation and Orders in Council, these instructions are being communicated to Ian Binnie because when the Government position respecting the claim was initially discussed with him, he advised that, at least, in the claims process we should not challenge the McKenna McBride report itself.

Memos 8, 9 and 10 establish that any advice given by Binnie in relation to the preferred treatment of the McKenna McBride Report was offered in the context of the negotiation process not litigation. Indeed, Binnie's advice, in the context of the negotiation towards a settlement of Campbell River's claim, is what led to acceptance of the claim as valid for the purposes of negotiation. In Memorandum No. 9, Ms. Temple wrote:

When we discussed the position the Crown should take for the purpose of negotiating a settlement under the claims process, we decided to recommend acceptance of the Campbell River Band's claim for negotiation since to do otherwise would suggest that the implementation of the McKenna McBride Report was ineffective to vest Reserve No. 12 in the Campbell River Indian Band. At the time, this position was understood to be justified since although both on legal issues and factual issues the claim was debatable, there seem to be sufficiently reasonable arguments to support it so as to justify settlement, at least on a pro-rated basis, especially since it would presumably have involved a surrender by the Campbell River Band and therefore a clarification of the interest of the Cape Mudge Band in the Reserve.

Memorandum No. 11, dated February 27, 1986, is from Ms. Temple to Ms. Carol Pepper, Legal Counsel, Specific Claims Branch Vancouver. The memo transmits to Ms. Pepper a number of opinions culled from the Campbell River claim file. In this memo, Ms. Temple writes that her opinions eventually reflected Ian Binnie's preferred position "to not 'go behind' the McKenna McBride Report".

« réexamen » des décisions de la Commission McKenna McBride mises en œuvre par la législation et les décrets, les présentes directives sont transmises à Ian Binnie parce que, lorsque nous avons initialement discuté avec lui de la position du gouvernement à l'égard de la revendication, il a conseillé de ne pas contester le rapport McKenna McBride lui-même, du moins pas pendant le processus des revendications.

Les notes 8, 9 et 10 établissent que les conseils prodigués par M. Binnie au sujet de l'attitude à favoriser relativement au rapport McKenna McBride l'ont été dans le contexte du processus de négociation et non dans le cadre des procédures judiciaires. De fait, l'avis de M. Binnie, dans le contexte de la négociation visant à régler la revendication de la bande de Campbell River, est ce qui a conduit à la reconnaissance de la validité de la revendication aux fins de négociation. Dans la note de service n° 9, M^{me} Temple a écrit ceci :

[TRADUCTION] Lorsque nous avons discuté de la position que la Couronne devrait adopter durant la négociation d'un règlement en vertu du processus de règlement des revendications, nous avons décidé de recommander d'accepter la revendication de la bande de Campbell River aux fins de négociation, car agir autrement laisserait entendre que la mise en œuvre du rapport McKenna McBride n'avait pas eu pour effet d'attribuer la réserve n° 12 à la bande indienne de Campbell River. Par ailleurs, cette position était considérée comme bien fondée parce que, même si la revendication était discutable, tant en droit qu'en fait, elle semblait étayée par suffisamment d'arguments raisonnables pour justifier un règlement, du moins au prorata, d'autant plus qu'elle aurait probablement nécessité une cession par la bande de Campbell River et, par conséquent, une clarification de l'intérêt de la bande de Cape Mudge dans la réserve.

La note de service n° 11 datée du 27 février 1986, est adressée par M^{me} Temple à M^{me} Carol Pepper, conseillère juridique, Direction des revendications particulières de Vancouver. M^{me} Temple indique à M^{me} Pepper qu'elle lui transmet un certain nombre d'avis tirés du dossier de la revendication de la bande de Campbell River. Dans sa note, M^{me} Temple écrit que les opinions qu'elle a émises reflètent en bout de ligne la position préconisée par Ian Binnie, à savoir de [TRADUCTION] « ne pas "aller au-delà de la lettre" du rapport McKenna McBride ».

40

41

42 Memorandum No. 12, dated March 3, 1986, is from Mr. Scarth to Binnie. The memo transmits to Binnie a copy of the statement of defence presumably prepared by Mr. Scarth and filed on behalf of the Crown on February 28, 1986. In this memo, Mr. Scarth indicates that he believes that the defence reflects the positions of both Justice and Indian Affairs. He further indicates that he has attempted not to repudiate the McKenna McBride Commission Report.

43 Memorandum No. 13, dated March 5, 1986, is from Binnie to Ms. Temple and is in response to Memorandum No. 9. In this memo, Binnie wrote:

With respect to the treatment of the McKenna McBride Report, I suggest that we all await the advice of Bill Scarth as to how this aspect of our possible defence should be dealt with. So far as I am concerned Bill Scarth is in charge of the file. I am sure he will take note of the view expressed by you and Bob Green and “departmental officials” that it would be appropriate in the Crown’s defence to argue some qualification or interpretation of the implementation of the McKenna McBride Report.

I look forward to hearing Bill Scarth’s views on this aspect of the matter in due course. We will then decide what to do.

44 Memorandum No. 13 is the last document evidencing Binnie’s involvement in this matter. As conceded by the parties, the Court’s determination of the extent of Binnie’s involvement in the Campbell River claim is limited by the documentary record produced by the Crown. The record does not disclose any further involvement on Binnie’s part and, in particular, no involvement in this matter between March 5, 1986, and his departure from the Department of Justice on July 31, 1986.

45 Finally, Memorandum No. 14 is dated February 3, 1988, after Binnie left the Department of Justice, and is from Mr. Scarth to Mr. E.A. Bowie, Q.C., Assistant Deputy Attorney General (now Bowie J.). In this memo, Mr. Scarth provides a summary of the Campbell River case to Mr. Bowie. In the body of his memo, Mr. Scarth writes:

La note de service n° 12 datée du 3 mars 1986 est adressée à M. Binnie par M. Scarth. En même temps que cette note, ce dernier transmet à M. Binnie une copie de la défense préparée, vraisemblablement par M. Scarth lui-même, et déposée pour le compte de la Couronne le 28 février 1986. Dans sa note, M. Scarth indique que, selon lui, la défense reflète les positions du ministère de la Justice et du ministère des Affaires indiennes. Il mentionne en outre avoir tenté de ne pas répudier le rapport de la Commission McKenna McBride.

La note de service n° 13, datée du 5 mars 1986, est la réponse de M. Binnie à la note de service n° 9 émanant de M^{me} Temple. Dans la note n° 13, M. Binnie dit ceci :

[TRADUCTION] Pour ce qui est du traitement qu’il faut réserver au rapport McKenna McBride, je suggère d’attendre l’avis de Bill Scarth sur la façon dont cet aspect de notre éventuelle défense devrait être abordé. En ce qui me concerne, c’est Bill Scarth qui est responsable du dossier. Je suis certain qu’il tiendra compte de l’opinion que vous, Bob Green et les « fonctionnaires du ministère » avez formulée et selon laquelle il conviendrait que la Couronne invoque en défense une certaine atténuation ou interprétation de la mise en œuvre du rapport McKenna McBride.

J’attends que Bill Scarth me fasse part, en temps et lieu, de son opinion sur cet aspect de l’affaire. Nous déciderons alors de ce qu’il faut faire.

La note de service n° 13 est le dernier document attestant de la participation de M. Binnie dans cette affaire. Comme l’ont reconnu les parties, la décision de la Cour quant au degré de participation de M. Binnie relativement à la demande de la bande de Campbell River doit reposer sur la preuve documentaire produite par la Couronne. Le dossier ne révèle aucune autre participation et, en particulier, aucune intervention de M. Binnie dans cette affaire du 5 mars 1986 jusqu’à son départ du ministère de la Justice, le 31 juillet 1986.

Enfin, la note de service n° 14, qui est datée du 3 février 1988, date postérieure au départ de M. Binnie du ministère de la Justice, est adressée par M. Scarth à M. E.A. Bowie, c.r., sous-procureur général adjoint (maintenant le juge Bowie). Dans cette note, M. Scarth résume l’affaire Campbell River à l’intention de M. Bowie. Il y écrit :

I point out, parenthetically, that Ian Binnie, during his time as Associate Deputy Minister, suggested, because of its wider impact, that we not challenge the validity of what was done by the Royal Commission. With respect, I continue to concur with that advice, and suggest it is a question of defining more narrowly what the Commission did, at least insofar as the Reserves in question are concerned.

III. The Parties' Arguments

A. *Cape Mudge, Campbell River and the Interveners the Gitanmaax Band, the Kispiox Band and the Glen Vowell Band*

Campbell River and Cape Mudge both agree that actual bias is not at issue. Neither band makes any submission that actual bias affected Binnie J., the reasons for judgment or the judgment of the Court. Both bands unreservedly accept Binnie J.'s statement that he had no recollection of personal involvement in the case. The bands submit, however, that the material disclosed by the Crown gives rise to a reasonable apprehension of bias.

Cape Mudge submitted that Binnie J.'s involvement in Campbell River's claim was so significant that he effectively acted as a senior counsel for the Crown and that he was disqualified on account of the principle that no judge should sit in a case in which he or she acted as counsel at any stage of the proceeding. According to Cape Mudge, the disclosed documents reveal that Binnie J. was actively involved in risk analysis and the development of litigation strategy on behalf of the defendant Crown. Cape Mudge submitted that Binnie J.'s involvement in the litigation while he was Associate Deputy Minister of Justice raises legitimate questions as to whether the positions he formulated and recommended and the various memoranda and documents he read would have had an influence on his approach to the same case as a judge. In Cape Mudge's submission, such influence could well be unconscious and Binnie J.'s lack of recollection does not change the fact that he was involved in a significant and material way. According to Cape

[TRANSLATION] Je souligne en passant que, pendant qu'il était sous-ministre adjoint, Ian Binnie a suggéré, en raison de leurs répercussions plus générales, que nous ne contestions pas la validité des travaux de la Commission royale. En toute déférence, je partage toujours cet avis et, selon moi, il s'agit de délimiter plus étroitement ce que la Commission a fait, du moins en ce qui concerne les réserves en question.

III. Les prétentions des parties

A. *La bande de Cape Mudge, la bande de Campbell River et les intervenantes, la bande Gitanmaax, la bande Kispiox et la bande de Glen Vowell*

Les bandes de Campbell River et de Cape Mudge reconnaissent toutes deux qu'il ne s'agit pas d'une affaire de partialité réelle. Ni l'une ni l'autre ne prétend que le juge Binnie a fait preuve de partialité réelle ou que les motifs du jugement ou le jugement de notre Cour sont entachés de partialité. Les deux bandes acceptent sans réserve la déclaration du juge Binnie selon laquelle il n'avait aucun souvenir d'avoir participé personnellement à cette affaire. Cependant, elles font valoir que les documents communiqués par la Couronne font naître une crainte raisonnable de partialité.

La bande de Cape Mudge a soutenu que la participation du juge Binnie dans la demande de la bande de Campbell River était à ce point substantielle qu'il avait effectivement agi comme avocat-conseil de la Couronne et qu'il était inhabile en raison du principe voulant qu'un juge ne doive pas entendre une affaire dans laquelle il a agi comme conseiller juridique à quelque étape que ce soit des procédures. Selon la bande de Cape Mudge, les documents communiqués révèlent que le juge Binnie participait activement à l'analyse du risque et à l'élaboration d'une stratégie d'instance pour le compte de la Couronne défenderesse. La bande a plaidé que la participation du juge Binnie au litige pendant qu'il était sous-ministre adjoint de la Justice permet légitimement de se demander si les positions qu'il a formulées et recommandées, ainsi que les divers documents et notes de service qu'il a lus n'ont pas eu d'influence sur sa façon d'aborder la même affaire en tant que juge. Selon la bande Cape Mudge, cette influence pourrait bien être inconsciente et l'absence de

46

47

Mudge, the fact that Binnie J. was involved as a lawyer for the defendant Crown, combined with the fact that some 15 years later he wrote a judgment in the same litigation that freed the Crown of potential liability, gives rise to a reasonable apprehension of bias. Cape Mudge submitted that had the documents disclosed by the Crown come to light prior to the hearing before the Court, Binnie J. would have recused himself from the hearing of the appeals.

48

Campbell River submitted that the test for reasonable apprehension of bias is met where a judge sits in a case in which he or she has had any prior involvement. In Campbell River's view, the documents disclosed by the Crown indicate that Binnie J.'s prior involvement in the band's claim was substantial. Like Cape Mudge, Campbell River submitted that had Binnie J.'s earlier involvement in these matters come to light prior to the hearing he would have had no choice but to recuse himself absent the consent of all the parties. According to Campbell River, subjective evidence of a judge's state of mind, and thus Binnie J.'s absence of recollection, is legally irrelevant to a determination of whether there is a reasonable apprehension of bias. Moreover, Campbell River submitted that, owing to Binnie J.'s special interest in aboriginal matters, the unique "ditto mark error" at issue in this case and his involvement as counsel in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, common sense would indicate that some contaminating knowledge would have survived the passage of time, albeit unconsciously.

49

With respect to remedy, both bands submitted that a judgment affected by a reasonable apprehension of bias is void and must be set aside. According to Campbell River, the concurrence of the eight

souvenir du juge Binnie ne change pas le fait qu'il a participé à l'affaire d'une manière substantielle et pertinente. Selon cette bande, le fait que le juge Binnie a participé à l'affaire à titre d'avocat de la Couronne défenderesse, conjugué au fait qu'une quinzaine d'années plus tard, dans le même litige, il a rédigé un jugement dégageant la Couronne de toute responsabilité potentielle, fait naître une crainte raisonnable de partialité. La bande de Cape Mudge a fait valoir que, si les documents communiqués par la Couronne avaient été connus avant l'audition des pourvois par notre Cour, le juge Binnie se serait récuse.

La bande de Campbell River a soutenu que le critère de détermination de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité est respecté lorsqu'un juge entend une affaire à laquelle il a participé de quelque façon que ce soit dans le passé. De l'avis de cette bande, il ressort des documents communiqués par la Couronne que la participation passée du juge Binnie à la demande de la bande était substantielle. À l'instar de la bande de Cape Mudge, la bande de Campbell River a prétendu que, si la participation passée du juge Binnie à la présente affaire avait été connue avant l'audience, ce dernier n'aurait eu d'autre choix que de se récuser, à moins que toutes les parties n'aient consenti à ce qu'il connaisse de l'affaire. Selon la bande de Campbell River, une preuve subjective de l'état d'esprit d'un juge — et de ce fait l'absence de souvenir du juge Binnie — n'est pas pertinente en droit pour décider s'il existe une crainte raisonnable de partialité. La bande de Campbell River a en outre plaidé que, en raison de l'intérêt particulier que manifeste le juge Binnie pour les questions autochtones, du caractère exceptionnel de l'« erreur des guillemets de répétition » dont il est question en l'espèce et de la participation du juge Binnie comme avocat dans l'affaire *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, le bon sens veut qu'une certaine connaissance « contaminante » ait survécu à l'écoulement du temps, ne serait-ce qu'inconsciemment.

Pour ce qui est de la réparation, les deux bandes ont fait valoir qu'un jugement entaché d'une crainte raisonnable de partialité est nul et doit être annulé. Selon la bande de Campbell River, le concours des

other judges of this Court does not remove the taint of bias. Campbell River submitted that in law a reasonable apprehension of bias taints the entire proceeding and is presumed to be transmitted among decision-makers.

As indicated previously, Cape Mudge submitted that this Court should also recommend that the parties enter into a negotiation and reconciliation process or, in the alternative, suspend operation of the judgment for four months so that discussions between the parties could take place. For its part, Campbell River requested an order permitting it to bring an application for further relief following a decision to set aside the judgment. During oral argument, counsel for both bands indicated that a rehearing of the appeals may ultimately become necessary should the decision be set aside and agreement between the parties prove impossible.

The interveners the Gitanmaax Band, the Kispiox Band and the Glen Vowell Band presented written arguments in support of the motions to vacate the Court's judgment. In their submission, the facts of this case give rise to a reasonable apprehension of bias and a legal finding of bias must result. Binnie J.'s lack of actual recollection is, in their view, irrelevant. The interveners go further suggesting that actual bias may have existed on Binnie J.'s part even if he neither intended it nor recalled his involvement in the case. Like Campbell River and Cape Mudge, the interveners submitted that Binnie J. would have recused himself had he recalled his participation in this case before the hearing.

B. The Crown and the Intervener the Attorney General of British Columbia

The Crown submitted that the Court's judgment should not be set aside and that no other remedy was required. In the Crown's view, the rule that a judge is disqualified if he or she previously acted as counsel in the case is subject to the general principle that disqualification results only where there

huit autres juges de notre Cour n'élimine pas l'effet de la partialité. La bande a soutenu que, en droit, une crainte raisonnable de partialité entache toute la procédure et est présumée se transmettre entre les décideurs.

Comme il a été indiqué plus tôt, la bande de Cape Mudge a également demandé à notre Cour de recommander aux parties d'amorcer un processus de négociation et de réconciliation ou, subsidiairement, de suspendre l'exécution du jugement pendant quatre mois afin de permettre la tenue de discussions entre les parties. Quant à elle, la bande de Campbell River a sollicité une ordonnance l'autorisant à présenter une demande de redressement supplémentaire en cas d'annulation du jugement de la Cour. Pendant les débats, les avocats des bandes ont indiqué qu'il était possible que les pourvois doivent éventuellement être entendus à nouveau si le jugement était annulé et s'il s'avérait impossible pour les parties d'arriver à un accord.

Les intervenantes, la bande Gitanmaax, la bande Kispiox et la bande de Glen Vowell ont présenté des observations écrites au soutien des requêtes sollicitant l'annulation du jugement rendu par notre Cour. Selon ces intervenantes, les faits de l'espèce font naître une crainte raisonnable de partialité et il faut en conséquence conclure, en droit, à l'existence de partialité. À leur avis, l'absence de souvenir réel du juge Binnie n'est pas un facteur pertinent. Les intervenantes vont plus loin et suggèrent que le juge Binnie a pu faire preuve de partialité réelle, même s'il n'en avait pas l'intention ou ne se souvenait pas de sa participation au dossier. Tout comme les bandes de Campbell River et de Cape Mudge, les intervenantes ont soutenu que le juge Binnie se serait récusé s'il s'était souvenu de sa participation à la présente affaire avant l'audience.

B. La Couronne et l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique

La Couronne a affirmé que le jugement de notre Cour ne devait pas être annulé et qu'aucune autre réparation n'était nécessaire. Selon la Couronne, la règle portant qu'un juge est inhabile s'il a agi antérieurement comme avocat dans l'affaire est subordonnée au principe général selon lequel il n'y a

50

51

52

is a reasonable apprehension of bias. Accordingly, the Crown submitted that the general test set out by de Grandpré J. in dissent in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, and approved in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, should be applied to the particular circumstances of this case.

53

The Crown submitted that since Binnie J. had no recollection, he brought no knowledge of his prior participation by way of discussions about Campbell River's claim. As a result, there was neither actual bias nor any reasonable apprehension of bias on his part. Relying on the English Court of Appeal's decision in *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451, the Crown submitted that Binnie J.'s lack of recollection dispels any appearance of possible bias. According to the Crown, the fact that Binnie J.'s prior involvement occurred 17 years earlier reinforces the conclusion that there can be no reasonable apprehension of bias. On this point, the bands concede that the passage of time is a relevant factor. Finally, the Crown submitted that since the judgment of the Court was unanimous in dismissing the appeals, and since Binnie J. had no recollection of his earlier involvement, no reasonable person could conclude that he somehow influenced the minds of the other eight judges who heard the case.

54

The Attorney General of British Columbia also submitted that the Court's judgment should not be disturbed. He submitted that the information disclosed by the Crown would not have necessitated Binnie J.'s recusal had an application been made before the hearing. *A fortiori*, the disclosed information does not establish a reasonable apprehension of bias nor require that the judgment be set aside. The Attorney General of British Columbia further submitted that although evidence of a judge's subjective state of mind is not determinative as to the issue of whether a reasonable apprehension of bias arises, it remains relevant and of assistance to the reasonable and right-minded observer.

inhabilité que s'il existe une crainte raisonnable de partialité. En conséquence, la Couronne a plaidé que le critère général établi par le juge de Grandpré dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, et confirmé dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, devrait s'appliquer aux circonstances particulières de l'espèce.

De prétendre la Couronne, comme le juge Binnie n'avait aucun souvenir de l'affaire, il n'a apporté avec lui aucune connaissance de sa participation passée aux discussions concernant la demande de la bande de Campbell River. Par conséquent, il n'existait ni partialité réelle ni crainte raisonnable de partialité de sa part. S'appuyant sur la décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451, la Couronne a plaidé que l'absence de souvenir du juge Binnie dissipe toute apparence de partialité possible. Selon elle, le fait que la participation passée du juge Binnie remonte à 17 ans renforce la conclusion qu'il ne peut y avoir de crainte raisonnable de partialité. À cet égard, les bands admettent que l'écoulement du temps est un facteur pertinent. Enfin, la Couronne a soutenu que, puisque notre Cour a rejeté les pourvois à l'unanimité et que le juge Binnie ne se souvenait pas de sa participation antérieure, aucune personne raisonnable ne saurait conclure que ce dernier a influencé de quelque façon les huit autres juges ayant entendu l'affaire.

Le procureur général de la Colombie-Britannique a lui aussi affirmé que le jugement de notre Cour ne devait pas être écarté, plaidant que les renseignements divulgués par la Couronne n'auraient pas nécessité la récusation du juge Binnie, même si une demande en ce sens avait été présentée avant l'audience. *A fortiori*, les renseignements divulgués n'établissent pas l'existence d'une crainte raisonnable de partialité et ne requièrent pas l'annulation du jugement. Le procureur général de la Colombie-Britannique a de plus fait valoir que, bien que la preuve de la subjectivité de l'état d'esprit d'un juge ne soit pas déterminante quant à la question de savoir s'il existe une crainte raisonnable de partialité, cette preuve demeure pertinente et utile à l'observateur sensé et raisonnable.

The Attorney General of British Columbia submitted that Binnie J. did not act as counsel for the Crown in this case. His involvement was in a general administrative and supervisory capacity which does not give rise to a reasonable apprehension of bias. It was submitted that a reasonable person would not consider that the tentative views on a general issue expressed by Binnie J. 15 years earlier, in his capacity as Associate Deputy Minister, would prevent him from deciding the case impartially.

The Attorney General of British Columbia further submitted that since the decision-maker was the Court as a whole, a reasonable apprehension of bias in respect of Binnie J. is not legally significant unless it also establishes a reasonable apprehension of bias in respect of the judgment of the Court as a whole. In this case, the judgment of the Court as a whole is not tainted by any apprehension of bias. Moreover, the presumption of impartiality has a practical force in respect of appellate tribunals. The fact that appellate courts normally evaluate a written record and the collegial nature of an appellate bench reduces the leeway within which the personal attributes, traits and dispositions of each judge can operate. Finally, the Attorney General submitted that if there was a disqualifying bias in respect of the Court as a whole, the remedy would be to vacate the judgment and for the Court to reconsider the appeals in the absence of Binnie J. under the doctrine of necessity.

IV. Analysis

A. *The Importance of the Principle of Impartiality*

The motions brought by the parties require that we examine the circumstances of this case in light of the well-settled, foundational principle of impartiality of courts of justice. There is no need to reaffirm here the importance of this principle, which has been a matter of renewed attention across the common law world over the past decade. Simply put, public confidence in our legal system is rooted in the fundamental belief that those who adjudicate

Le procureur général de la Colombie-Britannique a soutenu que le juge Binnie n'avait pas agi comme avocat de la Couronne en l'espèce. Sa participation consistait à exercer des fonctions générales d'administration et de supervision, lesquelles ne soulèvent aucune crainte raisonnable de partialité. Le procureur général de la Colombie-Britannique a plaidé qu'une personne raisonnable ne considérerait pas que les opinions provisoires portant sur une question générale qu'a formulées le juge Binnie 15 ans plus tôt, en sa qualité de sous-ministre adjoint, l'ont empêché de trancher l'affaire avec impartialité.

Le procureur général de la Colombie-Britannique a en outre affirmé que, comme en l'espèce le décideur était la Cour au complet, une crainte raisonnable de partialité à l'égard du juge Binnie n'est pas importante juridiquement, sauf si on établit également l'existence d'une crainte raisonnable de partialité à l'égard du jugement rendu par l'ensemble de la Cour. En l'espèce, le jugement rendu par la Cour au complet n'est entaché d'aucune crainte de partialité. Qui plus est, la présomption d'impartialité est renforcée par des considérations d'ordre pratique dans le cas des tribunaux d'appel. La nature collégiale de ces tribunaux et le fait qu'ils examinent habituellement une preuve écrite réduisent la mesure dans laquelle les caractéristiques personnelles, les traits de caractère et le tempérament de chaque juge peuvent jouer. Enfin, selon le procureur général de la Colombie-Britannique, s'il y a partialité entraînant l'incapacité de l'ensemble de la Cour, la seule réparation serait l'annulation du jugement et le réexamen des pourvois sans la participation du juge Binnie, en application de la doctrine de la nécessité.

IV. L'analyse

A. *L'importance du principe de l'impartialité*

Pour statuer sur les requêtes présentées par les parties, il nous faut examiner les circonstances de l'espèce au regard du principe fondamental et bien établi de l'impartialité des cours de justice. Point n'est besoin en l'espèce de réaffirmer l'importance de ce principe, question à l'égard de laquelle on a pu observer un intérêt renouvelé dans les pays de common law durant la dernière décennie. En termes simples, la confiance du public dans notre système

55

56

57

in law must always do so without bias or prejudice and must be perceived to do so.

58 The essence of impartiality lies in the requirement of the judge to approach the case to be adjudicated with an open mind. Conversely, bias or prejudice has been defined as

a leaning, inclination, bent or predisposition towards one side or another or a particular result. In its application to legal proceedings, it represents a predisposition to decide an issue or cause in a certain way which does not leave the judicial mind perfectly open to conviction. Bias is a condition or state of mind which sways judgment and renders a judicial officer unable to exercise his or her functions impartially in a particular case.

(*R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL) (H.C.), quoted by Cory J. in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 106.)

59 Viewed in this light, “[i]mpartiality is the fundamental qualification of a judge and the core attribute of the judiciary” (Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges* (1998), at p. 30). It is the key to our judicial process, and must be presumed. As was noted by L’Heureux-Dubé J. and McLachlin J. (as she then was) in *S. (R.D.)*, *supra*, at para. 32, the presumption of impartiality carries considerable weight, and the law should not carelessly evoke the possibility of bias in a judge, whose authority depends upon that presumption. Thus, while the requirement of judicial impartiality is a stringent one, the burden is on the party arguing for disqualification to establish that the circumstances justify a finding that the judge must be disqualified.

60 In Canadian law, one standard has now emerged as the criterion for disqualification. The criterion, as expressed by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, *supra*, at p. 394, is the reasonable apprehension of bias:

juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant de la sorte.

L’essence de l’impartialité est l’obligation qu’a le juge d’aborder avec un esprit ouvert l’affaire qu’il doit trancher. À l’inverse, voici comment on a défini la notion de partialité ou préjugé :

[TRADUCTION] . . . une tendance, une inclination ou une prédisposition conduisant à privilégier une partie plutôt qu’une autre ou un résultat particulier. Dans le domaine des procédures judiciaires, c’est la prédisposition à trancher une question ou une affaire d’une certaine façon qui ne permet pas au juge d’être parfaitement ouvert à la persuasion. La partialité est un état d’esprit qui infléchit le jugement et rend l’officier judiciaire inapte à exercer ses fonctions impartialement dans une affaire donnée.

(*R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL) (H.C.), cité par le juge Cory dans *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 106.)

Considérée sous cet éclairage, « [l]’impartialité est la qualité fondamentale des juges et l’attribut central de la fonction judiciaire » (Conseil canadien de la magistrature, *Principes de déontologie judiciaire* (1998), p. 30). Elle est la clé de notre processus judiciaire et son existence doit être présumée. Comme l’ont signalé les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *S. (R.D.)*, précité, par. 32, cette présomption d’impartialité a une importance considérable, et le droit ne devrait pas imprudemment évoquer la possibilité de partialité du juge, dont l’autorité dépend de cette présomption. Par conséquent, bien que l’impartialité judiciaire soit une exigence stricte, c’est à la partie qui plaide l’incapacité qu’incombe le fardeau d’établir que les circonstances permettent de conclure que le juge doit être récusé.

En droit canadien, une norme s’est maintenant imposée comme critère de récusation. Ce critère, formulé par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, précité, p. 394, est la crainte raisonnable de partialité :

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

We will return shortly to this standard, as it applies to the circumstances outlined in the factual background. Before doing that, it is necessary to clarify the relationship of this objective standard to two other factors: the subjective consideration of actual bias; and the notion of automatic disqualification re-emerging in recent English decisions.

B. *Reasonable Apprehension of Bias and Actual Bias*

Determining whether the judge brought or would bring prejudice into consideration as a matter of fact is rarely an issue. Of course, where this can be established, it will inevitably lead to the disqualification of the judge. But this said, most arguments for disqualification typically begin with an acknowledgment by all parties that there was no actual bias, and move on to a consideration of the reasonable apprehension of bias. Here, as in many cases, it is conceded by the parties that there was no actual bias on Binnie J.’s part, and his statement that he had no recollection of involvement is similarly accepted by all concerned. As submitted by the parties, his personal integrity is not in doubt, either in these appeals or in any appeal in which he has sat as a member of this Court. Nevertheless, it is said, the circumstances of the present case are such as to create a reasonable apprehension of bias on his part. Since the two propositions go hand in hand, to understand what is meant by reasonable apprehension of bias, it is helpful to consider what it means to say that disqualification is not argued on the basis of actual bias.

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d’une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d’appel, ce critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? »

Nous reviendrons sous peu sur l’application de cette norme aux circonstances décrites dans la section traitant des faits. D’abord, toutefois, il est nécessaire de clarifier le rapport entre cette norme objective et deux autres facteurs : le facteur subjectif de la partialité réelle et la notion d’inhabilité automatique qui refait surface dans de récentes décisions britanniques.

B. *Crainte raisonnable de partialité et partialité réelle*

La question de savoir si, dans les faits, le juge a fait jouer des préjugés ou le ferait se pose rarement. Il va de soi que, lorsque l’existence d’une telle situation peut être établie, elle entraîne inévitablement l’inhabilité du juge concerné. Cela dit, toutefois, dans la plupart des cas où la question de l’inhabilité est débattue, toutes les parties commencent d’abord par reconnaître qu’il n’y a pas partialité réelle, puis elles passent à l’examen de la question de la crainte raisonnable de partialité. En l’espèce, comme dans beaucoup d’affaires, les parties concèdent qu’il n’y a pas eu partialité réelle de la part du juge Binnie, et la déclaration de ce dernier selon laquelle il n’avait aucun souvenir de sa participation à l’affaire est elle aussi acceptée par tous les intéressés. Comme l’ont indiqué les parties, l’intégrité personnelle du juge Binnie n’est pas mise en doute, ni dans les présents pourvois ni dans quelque autre appel qu’il a entendu en tant que juge de notre Cour. Néanmoins, affirmet-on, les circonstances de l’espèce sont de nature à faire naître une crainte raisonnable de partialité de la part du juge Binnie. Puisque les deux propositions sont indissociables, il est utile, pour bien comprendre le sens de la notion de crainte raisonnable de partialité, de se demander ce que signifie le fait d’affirmer qu’on ne plaide pas l’inhabilité sur le fondement de la partialité réelle.

61

62

63

Saying that there was “no actual bias” can mean one of three things: that actual bias need not be established because reasonable apprehension of bias can be viewed as a surrogate for it; that unconscious bias can exist, even where the judge is in good faith; or that the presence or absence of actual bias is not the relevant inquiry. We take each in turn.

64

First, when parties say that there was no actual bias on the part of the judge, they may mean that the current standard for disqualification does not require that they prove it. In that sense, the “reasonable apprehension of bias” can be seen as a surrogate for actual bias, on the assumption that it may be unwise or unrealistic to require that kind of evidence. It is obviously impossible to determine the precise state of mind of an adjudicator (Cory J. in *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636). As stated by the English Court of Appeal in *Locabail (U.K.)*, *supra*, at p. 472:

The proof of actual bias is very difficult, because the law does not countenance the questioning of a judge about extraneous influences affecting his mind; and the policy of the common law is to protect litigants who can discharge the lesser burden of showing a real danger of bias without requiring them to show that such bias actually exists.

Again, in the present instance, no one suggests that Binnie J. was consciously allowing extraneous influences to affect his mind. Consequently, it would appear that reasonable apprehension of bias is not invoked here as a surrogate for actual bias.

65

Second, when parties say that there was no actual bias on the part of the judge, they may be conceding that the judge was acting in good faith, and was not consciously relying on inappropriate preconceptions, but was nevertheless unconsciously biased. In

Dire qu’il y avait « absence de partialité réelle » peut signifier l’une des trois choses suivantes : qu’il n’est pas nécessaire d’établir l’existence de la partialité réelle parce que la crainte raisonnable de partialité peut être considérée comme un critère de remplacement; qu’il peut y avoir partialité inconsciente, même lorsque le juge est de bonne foi; que la présence ou l’absence de partialité réelle n’est pas la question pertinente. Examinons chacune de ces possibilités à tour de rôle.

Premièrement, lorsque les parties affirment qu’il y avait absence de partialité réelle de la part du juge, elles peuvent vouloir dire que la norme actuelle en la matière ne requiert pas qu’elles fassent la preuve de la partialité réelle. En ce sens, la « crainte raisonnable de partialité » peut être considérée comme critère de remplacement de la partialité réelle, si l’on suppose qu’il n’est peut-être pas judicieux ou réaliste d’exiger que l’on prouve la partialité réelle. Il est évidemment impossible de déterminer de façon précise l’état d’esprit d’un décideur (le juge Cory dans *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, p. 636). Comme l’a déclaré la Cour d’appel d’Angleterre dans *Locabail (U.K.)*, précité, p. 472 :

[TRADUCTION] La preuve de la partialité réelle est très difficile à apporter, parce que le droit n’admet pas que l’on questionne un juge sur les influences extérieures agissant sur sa pensée; la common law a comme principe de protéger le plaideur qui parvient à s’acquitter du fardeau moins lourd consistant à établir l’existence d’un risque réel de partialité, sans exiger qu’il prouve l’existence concrète de cette partialité.

Il convient une fois de plus de rappeler que, dans la présente affaire, personne ne prétend que le juge Binnie a consciemment laissé des influences extérieures agir sur sa pensée. Par conséquent, il semble que la crainte raisonnable de partialité ne soit pas en l’espèce invoquée comme critère de remplacement de la partialité réelle.

Deuxièmement, lorsque les parties affirment que le juge n’a pas fait montre de partialité réelle, peut-être reconnaissent-elles que le juge agissait de bonne foi et ne s’appuyait pas consciemment sur des idées préconçues inappropriées, mais qu’il a

R. v. Gough, [1993] A.C. 646 (H.L.), at p. 665, quoting Devlin L.J. in *The Queen v. Barnsley Licensing Justices*, [1960] 2 Q.B. 167 (C.A.), Lord Goff reminded us that:

Bias is or may be an unconscious thing and a man may honestly say that he was not actually biased and did not allow his interest to affect his mind, although, nevertheless, he may have allowed it unconsciously to do so. The matter must be determined upon the probabilities to be inferred from the circumstances in which the justices sit.

As framed, some of the arguments presented by the parties suggest that they are preoccupied that Binnie J. may have been unconsciously biased despite his good faith.

Finally, when parties concede that there was no actual bias, they may be suggesting that looking for real bias is simply not the relevant inquiry. In the present case, as is most common, parties have relied on Lord Hewart C.J.'s aphorism that "it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done" (*The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259). To put it differently, in cases where disqualification is argued, the relevant inquiry is not whether there was in fact either conscious or unconscious bias on the part of the judge, but whether a reasonable person properly informed would apprehend that there was. In that sense, the reasonable apprehension of bias is not just a surrogate for unavailable evidence, or an evidentiary device to establish the likelihood of unconscious bias, but the manifestation of a broader preoccupation about the image of justice. As was said by Lord Goff in *Gough*, *supra*, at p. 659, "there is an overriding public interest that there should be confidence in the integrity of the administration of justice".

néanmoins agi inconsciemment de manière partielle. Dans *R. c. Gough*, [1993] A.C. 646 (H.L.), p. 665, lord Goff, citant le lord juge Devlin dans *The Queen c. Barnsley Licensing Justices*, [1960] 2 Q.B. 167 (C.A.), nous a rappelé ceci :

[TRADUCTION] La partialité est ou peut être une attitude inconsciente, et une personne peut sincèrement affirmer qu'elle n'était pas réellement partielle et qu'elle n'a pas laissé ses propres intérêts influencer sur sa pensée, bien qu'elle puisse avoir inconsciemment permis que cela se produise. La question doit être tranchée en fonction des probabilités qui peuvent être inférées des circonstances dans lesquelles les juges ont entendu l'affaire.

Tels qu'ils sont formulés, certains des arguments présentés par les parties tendent à indiquer que celles-ci craignent que le juge Binnie ait pu, malgré sa bonne foi, être inconsciemment partial.

Enfin, lorsque les parties concèdent qu'il y avait absence de partialité réelle, elles suggèrent peut-être que le fait de s'interroger sur l'existence ou l'absence de partialité réelle n'est tout simplement pas la bonne question à se poser. En l'espèce, comme dans la plupart des cas, les parties invoquent l'aphorisme formulé par le lord juge en chef Hewart selon lequel [TRADUCTION] « il est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais également que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue » (*The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, p. 259). En d'autres mots, dans les affaires où l'on plaide l'incapacité du décideur, la question pertinente n'est pas de savoir si, dans les faits, le juge a fait preuve de partialité consciente ou inconsciente, mais si une personne raisonnable et bien renseignée craindrait qu'il y ait eu partialité. En ce sens, la crainte raisonnable de partialité n'est pas seulement le substitut d'un élément de preuve non disponible, ou un moyen de preuve permettant d'établir la probabilité de l'existence de partialité inconsciente, mais elle est également la manifestation d'une préoccupation plus générale à l'égard de l'image de la justice. Comme l'a dit lord Goff dans l'arrêt *Gough*, précité, p. 659, [TRADUCTION] « il existe un intérêt public impérieux commandant de maintenir la confiance dans l'intégrité de l'administration de la justice ».

67

Of the three justifications for the objective standard of reasonable apprehension of bias, the last is the most demanding for the judicial system, because it countenances the possibility that justice might not be seen to be done, even where it is undoubtedly done — that is, it envisions the possibility that a decision-maker may be totally impartial in circumstances which nevertheless create a reasonable apprehension of bias, requiring his or her disqualification. But, even where the principle is understood in these terms, the criterion of disqualification still goes to the judge's state of mind, albeit viewed from the objective perspective of the reasonable person. The reasonable person is asked to imagine the decision-maker's state of mind, under the circumstances. In that sense, the oft-stated idea that "justice must be seen to be done", which was invoked by counsel for the bands, cannot be severed from the standard of reasonable apprehension of bias.

68

We emphasize this aspect of the criterion of disqualification in Canadian law because another strand of this area of the law in the Commonwealth suggests that some circumstances of conflict of interest may be enough to justify disqualification, whether or not, from the perspective of the reasonable person, they could have any impact on the judge's mind. As we conclude in the next section, this line of argument is not helpful to counsel for the bands in the present case.

C. Reasonable Apprehension of Bias and Automatic Disqualification

69

At the opposite end from claims of actual bias, it has been suggested that it is wrong to be a judge in one's own cause, whether or not one knows this to be the case. The idea has been linked to the early decision of *Dimes v. Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301. More recently, in *Gough, supra*, at p. 661, Lord Goff stated that

there are certain cases in which it has been considered that the circumstances are such that they must inevitably shake public confidence in the integrity of the admin-

De ces trois justifications de la norme objective de la crainte raisonnable de partialité, la dernière est la plus exigeante pour le système judiciaire, en ce qu'elle admet la possibilité que justice puisse paraître ne pas avoir été rendue, même lorsqu'elle l'a indubitablement été — c'est-à-dire qu'elle envisage qu'un décideur puisse être totalement impartial dans des circonstances faisant néanmoins naître une crainte raisonnable de partialité requérant qu'il soit déclaré inhabile. Cependant, même lorsque le principe est interprété ainsi, le critère de détermination de l'inhabilité revient toujours à l'état d'esprit du juge, quoique ce facteur soit considéré du point de vue objectif de la personne raisonnable. On demande à cette personne d'imaginer l'état d'esprit du juge, dans les circonstances pertinentes. En ce sens, l'idée maintes fois énoncée selon laquelle « justice doit paraître être rendue », qu'ont invoqué les avocats des bandes, ne peut être dissociée de la norme de la crainte raisonnable de partialité.

Nous insistons sur cet élément du critère de détermination de l'inhabilité en droit canadien parce qu'il existe, sur cet aspect du droit dans le Commonwealth, un autre courant voulant que certaines situations de conflit d'intérêts suffisent à justifier une déclaration d'inhabilité, indépendamment du fait que, du point de vue de la personne raisonnable, ces situations puissent ou non avoir une influence sur l'esprit du juge. Vu notre conclusion dans la prochaine section, cette argumentation n'est d'aucun secours aux avocats des bandes en l'espèce.

C. Crainte raisonnable de partialité et inhabilité automatique

Aux antipodes des demandes invoquant l'existence de partialité réelle, il a été avancé que nul ne peut être à la fois juge et partie dans une cause, et ce que la personne concernée en soit consciente ou non. On rattache cette thèse à une vieille décision, l'affaire *Dimes c. Proprietors of the Grand Junction Canal* (1852), 3 H.L.C. 759, 10 E.R. 301. Plus récemment, dans l'arrêt *Gough*, précité, p. 661, lord Goff a dit ceci :

[TRADUCTION] . . . il existe des cas où l'on a estimé que les circonstances sont telles qu'elles ébranleraient inévitablement la confiance du public dans l'intégrité

istration of justice if the decision is to be allowed to stand. . . . These cases arise where a person sitting in a judicial capacity has a pecuniary interest in the outcome of the proceedings. . . . In such a case, . . . not only is it irrelevant that there was in fact no bias on the part of the tribunal, but there is no question of investigating, from an objective point of view, whether there was any real likelihood of bias, or any reasonable suspicion of bias, on the facts of the particular case. The nature of the interest is such that public confidence in the administration of justice requires that the decision should not stand.

This has been described as “automatic disqualification”, and was recently revisited by the House of Lords in *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272. There, the House of Lords dealt with a situation in which Lord Hoffmann had participated in a decision in which Amnesty International was an intervener, while sitting as a director and chairperson of a charity closely allied with Amnesty International and sharing its objects. In that context, it was found that the rule of “automatic disqualification” extended to a limited class of non-financial interests, where the judge has such a relevant interest in the subject matter of the case that he or she is effectively in the position of a party to the cause. As a result, Lord Hoffmann was disqualified, and the decision of the House of Lords was set aside, in a judgment that drew much attention around the world.

A more recent decision of the English Court of Appeal suggests that this extension of the rule of automatic disqualification, beyond cases of financial interests, is likely to remain exceptional (*Locabail (U.K.)*, *supra*). Even so extended, the rule of automatic disqualification does not apply to the situation in which the decision-maker was somehow involved in the litigation or linked to counsel at an earlier stage, as is argued here.

de l’administration de la justice si la décision était maintenue. [. . .] Il s’agit des cas où une personne exerçant des fonctions judiciaires possède un intérêt pécuniaire dans l’issue de l’instance. [. . .] En pareils cas, [. . .] non seulement l’absence de partialité de la part du tribunal n’est-elle pas pertinente, mais il n’est pas question de se demander si, d’un point de vue objectif, il existait une probabilité réelle de partialité ou une crainte raisonnable de partialité eu égard aux faits de l’affaire en cause. La nature de l’intérêt est telle que la confiance du public dans l’administration de la justice commande que la décision ne soit pas maintenue.

Ce genre de cas, qu’on a qualifié de situations d’« inhabilité automatique », a récemment été réexaminé par la Chambre des lords dans *R. c. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 2)*, [1999] 2 W.L.R. 272. Dans cet arrêt, la Chambre des lords a examiné une situation où lord Hoffmann avait participé à la décision d’une affaire dans laquelle Amnistie internationale était intervenante, alors qu’il siégeait comme administrateur et président d’un organisme de bienfaisance qui était intimement lié à Amnistie internationale et partageait les objectifs de celle-ci. Dans ce contexte, il a été jugé qu’une catégorie limitée d’intérêts non pécuniaires entraînent également l’application de la règle de l’« inhabilité automatique », par exemple lorsque le juge possède un intérêt à ce point pertinent à l’égard de l’objet de l’affaire qu’il se trouve effectivement dans la position d’une partie à la cause. Par conséquent, lord Hoffmann a été déclaré inhabile et la décision de la Chambre des lords a été annulée dans un jugement qui a suscité beaucoup d’attention à travers le monde.

Un arrêt plus récent de la Cour d’appel d’Angleterre semble indiquer que l’élargissement de l’application de la règle de l’inhabilité automatique à d’autres situations que celles mettant en jeu des intérêts pécuniaires restera vraisemblablement exceptionnel (*Locabail (U.K.)*, précité). Malgré cet élargissement, la règle de l’inhabilité automatique ne s’applique pas dans les cas où le décideur a, d’une certaine façon, participé au litige ou été en contact avec les avocats aux premiers stades de l’affaire, comme il est allégué en l’espèce.

70

71

72

Whatever the case in Britain, the idea of a rule of automatic disqualification takes a different shade in Canada, in light of our insistence that disqualification rest either on actual bias or on the reasonable apprehension of bias, both of which, as we have said, require a consideration of the judge's state of mind, either as a matter of fact or as imagined by the reasonable person. In any event, even on the assumption that the line of reasoning developed in *Pinochet, supra*, is authoritative in Canada, it is of no relevance in the present case. On the facts before us, there is no suggestion that Binnie J. had any financial interest in the appeals, or had such an interest in the subject matter of the case that he was effectively in the position of a party to the cause.

73

To sum up, if disqualification is to be argued here, it can only be argued on the basis of a reasonable apprehension of bias. It can only succeed if it is established that reasonable, right-minded and properly informed persons would think that Binnie J. was consciously or unconsciously influenced in an inappropriate manner by his participation in this case over 15 years before he heard it here in the Supreme Court of Canada. We now move to this aspect of the matter.

D. Reasonable Apprehension of Bias and Its Application in This Case

74

The question, once more, is as follows: What would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude? Would this person think that it is more likely than not that Binnie J., whether consciously or unconsciously, did not decide fairly?

75

Three preliminary remarks are in order.

76

First, it is worth repeating that the standard refers to an apprehension of bias that rests on serious grounds, in light of the strong presumption of judicial impartiality. In this respect, de Grandpré J. added these words to the now classical expression of the reasonable apprehension standard:

Peu importe la situation en Grande-Bretagne, la notion d'incapacité automatique prend une couleur différente au Canada, compte tenu de notre insistance sur le fait que l'incapacité doit reposer sur la partialité réelle ou une crainte raisonnable de partialité, critères qui, comme nous l'avons dit, requièrent l'examen de l'état d'esprit du juge, soit au regard des faits soit à travers les yeux de la personne raisonnable. Quoi qu'il en soit, même en supposant que le raisonnement exposé dans l'arrêt *Pinochet*, précité, fasse autorité au Canada, il n'est pas pertinent en l'espèce. Au vu des faits qui nous ont été présentés, rien n'indique que le juge Binnie avait quelque intérêt pécuniaire dans les pourvois ou qu'il manifestait pour l'objet de l'affaire un intérêt tel qu'il se trouvait effectivement dans la position d'une partie à la cause.

Bref, si la question de l'incapacité doit être débattue en l'espèce, elle ne peut l'être que sur le fondement de la crainte raisonnable de partialité. Un tel argument ne pourra être accueilli que si on établit qu'une personne sensée, raisonnable et bien renseignée estimerait que le juge Binnie a, consciemment ou non, été influencée d'une manière inappropriée par sa participation à cette affaire, plus de 15 ans avant que notre Cour n'en soit saisie. Examinons maintenant cet aspect de la question.

D. La crainte raisonnable de partialité et son application en l'espèce

Encore une fois, la question est la suivante : À quelle conclusion arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique? Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, le juge Binnie n'a pas rendu, consciemment ou non, une décision juste?

Trois remarques préliminaires s'imposent.

Premièrement, il convient de répéter que la norme exige une crainte de partialité fondée sur des motifs sérieux, vu la forte présomption d'impartialité dont jouissent les tribunaux. À cet égard, le juge de Grandpré a ajouté ces mots à l'expression maintenant classique de la norme de la crainte raisonnable :

The grounds for this apprehension must, however, be substantial, and I . . . refus[e] to accept the suggestion that the test be related to the “very sensitive or scrupulous conscience”.

(*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, *supra*, at p. 395)

Second, this is an inquiry that remains highly fact-specific. In *Man O’War Station Ltd. v. Auckland City Council (Judgment No. 1)*, [2002] 3 N.Z.L.R. 577, [2002] UKPC 28, at par. 11, Lord Steyn stated that “This is a corner of the law in which the context, and the particular circumstances, are of supreme importance.” As a result, it cannot be addressed through peremptory rules, and contrary to what was submitted during oral argument, there are no “textbook” instances. Whether the facts, as established, point to financial or personal interest of the decision-maker; present or past link with a party, counsel or judge; earlier participation or knowledge of the litigation; or expression of views and activities, they must be addressed carefully in light of the entire context. There are no shortcuts.

Third, in circumstances such as the present one, where the issue of disqualification arises after judgment has been rendered, rather than at an earlier time in the proceedings, it is neither helpful nor necessary to determine whether the judge would have recused himself or herself if the matter had come to light earlier. There is no doubt that the standard remains the same, whenever the issue of disqualification is raised. But hypotheses about how judges react where the issue of recusal is raised early cannot be severed from the abundance of caution that guides many, if not most, judges at this early stage. This caution yields results that may or may not be dictated by the detached application of the standard of reasonable apprehension of bias. In this respect, it may well be that judges have recused themselves in cases where it was, strictly speaking, not legally necessary to do so. Put another way, the fact that a judge would have recused himself or

Toutefois, les motifs de la crainte doivent être sérieux et je [. . .] refuse d’admettre que le critère doit être celui d’« une personne de nature scrupuleuse et tatillonne ».

(*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l’énergie*, précité, p. 395)

Deuxièmement, il s’agit d’une analyse qui dépend énormément des faits propres à chaque affaire. Dans *Man O’War Station Ltd. c. Auckland City Council (Judgment No. 1)*, [2002] 3 N.Z.L.R. 577, [2002] UKPC 28, par. 11, lord Steyn a dit qu’[TRADUCTION] « [i]l s’agit d’un aspect du droit où le contexte et les circonstances particulières sont de la plus haute importance ». En conséquence, la question ne peut être tranchée au moyen de règles péremptives et, contrairement à ce qui a été soutenu durant les plaidoiries, il n’existe pas d’exemples « classiques ». Que les faits avérés tendent à indiquer que le décideur possède un intérêt pécuniaire ou personnel dans le litige, qu’il existe des liens entre lui et une partie, un avocat ou un juge, qu’il a dans le passé participé au litige ou été au fait de celui-ci, qu’il a exprimé des opinions et exercé des activités à cet égard, tous ces faits doivent être examinés attentivement eu égard à l’ensemble du contexte. Il n’existe aucun raccourci.

Troisièmement, lorsque, dans une situation comme celle qui nous occupe, la question de l’incapacité se soulève après le prononcé du jugement et non au début de l’instance, il n’est pas utile ni nécessaire de se demander si le juge se serait récusé si la situation avait été connue plus tôt. Il est certain que la norme demeure la même, quel que soit le moment où la question de l’incapacité est soulevée. On ne peut cependant faire abstraction, dans les spéculations sur la façon dont les juges réagissent lorsque la question de la récusation est soulevée au début de l’instance, de la prudence extrême qui guide bon nombre de juges, sinon la plupart d’entre eux, à ce stade précoce. Cette prudence produit des résultats qui pourraient ne pas être requis par l’application objective de la norme de la crainte raisonnable de partialité. À cet égard, il est fort possible que des juges se soient récusés dans des affaires où, à proprement parler, ils n’étaient pas légalement tenus

77

78

herself *ex ante* cannot be taken to be determinative of a reasonable apprehension of bias *ex post*.

79

As the parties acknowledged, Binnie J.'s past status as Associate Deputy Minister is by itself insufficient to justify his disqualification. The same can be said of his long-standing interest in matters involving First Nations. The source of concern, for the bands in these motions to vacate the judgment, is Binnie J.'s involvement in this case, as opposed to his general duties as head of litigation for the Department of Justice in the mid-1980s.

80

In this respect, the bands relied, among other arguments, on the following statement of Laskin C.J., in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, *supra*, at p. 388:

Lawyers who have been appointed to the Bench have been known to refrain from sitting on cases involving former clients, even where they have not had any part in the case, until a reasonable period of time has passed. *A fortiori*, they would not sit in any case in which they played any part at any stage of the case. This would apply, for example, even if they had drawn up or had a hand in the statement of claim or statement of defence and nothing else.

81

This dictum must be understood in the context of the principle of which it is but an illustration. It does not suggest that any degree of earlier participation in a case is cause for automatic disqualification. This statement provides sensible guidance for individuals to consider *ex ante*. It suggests that a reasonable and right-minded person would likely view unfavourably the fact that the judge acted as counsel in a case over which he or she is presiding, and could take this fact as the foundation of a reasonable apprehension of bias.

82

However, contrary to what has been argued, it cannot realistically be held that Binnie J. acted as counsel in the present case, and the limited extent of his participation does not support a reasonable apprehension of bias. To repeat, what is germane is

de le faire. Autrement dit, le fait qu'un juge se soit récusé avant l'instance ne permet pas automatiquement de conclure, après l'instance, qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

Comme le reconnaissent les parties, le fait que le juge Binnie ait dans le passé occupé la charge de sous-ministre adjoint ne justifie pas en soi de conclure à son inhabilité. Il en va de même de son intérêt de longue date pour les questions concernant les Premières nations. La préoccupation à l'origine de la présentation, par les bandes, de leurs requêtes en annulation du jugement est la participation du juge Binnie à la présente affaire plutôt que ses fonctions générales de chef du contentieux au ministère de la Justice au milieu des années 1980.

À cet égard, les bandes invoquent notamment la déclaration suivante, faite par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, précité, p. 388 :

On sait que des avocats nommés juges se sont abstenus pendant une période raisonnable, d'entendre des affaires auxquelles d'anciens clients étaient parties même s'ils n'avaient rien eu à faire avec le dossier. À plus forte raison, nul ne siègerait dans une cause à laquelle il aurait pu prendre part à un stade quelconque de l'affaire. Ce serait le cas par exemple même s'il n'avait fait que participer à l'élaboration ou à la rédaction de la déclaration ou de la défense.

Cette remarque incidente doit être considérée dans le contexte du principe dont elle n'est qu'une illustration. Elle ne dit pas que toute participation dans le passé à une affaire est automatiquement cause d'inhabilité. Cet énoncé fournit aux intéressés des indications judicieuses à prendre en compte avant l'instance. Elle indique plutôt qu'une personne sensée et raisonnable verrait vraisemblablement d'un mauvais œil le fait que le juge a agi comme avocat dans une affaire dont il est saisi, et que cette personne pourrait considérer que cette situation fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Cependant, contrairement aux arguments avancées à cet égard, on ne saurait conclure de façon réaliste que le juge Binnie a agi comme avocat en l'espèce, et le caractère limité de sa participation n'étaye pas l'existence d'une crainte raisonnable

the nature and extent of Binnie J.'s role. The details of Binnie J.'s involvement in this case, as outlined in the earlier part of these reasons and which should be viewed in the context of his broad duties in the Department of Justice, would convince a reasonable person that his role was of a limited supervisory and administrative nature.

Admittedly, Binnie J.'s link to this litigation exceeded *pro forma* management of the files. On the other hand, it should be noted that he was never counsel of record, and played no active role in the dispute after the claim was filed. Memorandum No. 4, dated December 12, 1985, shows that the case was referred to the Vancouver Regional Office within a few days after filing of the Campbell River claim. Although subsequent memoranda indicate that Binnie was kept informed of some developments in relation to this claim, carriage of the action was in the hands of Mr. Bill Scarth in Vancouver. The facts do not support the proposition that Binnie planned litigation strategy for this case, as is suggested by the bands. For example, in their submissions, the Cape Mudge Band seemed to imply that the handwritten note in the margin of Memorandum No. 3 was written by Binnie in that "[he] was part of the Crown's early tactical considerations in this case; considering which approach would create the lowest risk for the Crown; which approach would constitute the 'least damaging way to go'" (see Cape Mudge's factum, at para. 12). However, upon examination of this note it would appear that it is addressed to "Ian [Binnie]" and signed "Bob [Green]". Furthermore, and as indicated above, Memos 8, 9 and 10, in particular, establish that any views attributed to Binnie earlier on were offered in the context of wider implications of the negotiation process, and not in the context of litigation.

Furthermore, in assessing the potential for bias arising from a judge's earlier activities as counsel, the reasonable person would have to take into account the characteristics of legal practice within

de partialité. Comme nous l'avons dit précédemment, les considérations pertinentes sont la nature et l'étendue du rôle du juge Binnie. Le détail de sa participation dans le présent litige, qui a été exposé plus tôt dans les présents motifs et qui doit être considéré dans le contexte de ses fonctions générales au ministère de la Justice, convaincrail une personne raisonnable qu'il jouait un rôle limité d'administration et de supervision.

Certes, le lien entre le juge Binnie et le présent litige a dépassé la gestion *pro forma* des dossiers. En revanche, il convient de souligner que le juge Binnie n'a jamais été l'avocat inscrit au dossier et qu'il n'a pas joué de rôle actif dans le différend après le dépôt de l'action. Il ressort de la note de service n° 4 datée du 12 décembre 1985 que l'affaire a été confiée au Bureau régional de Vancouver dans les jours qui ont suivi le dépôt de l'action de la bande de Campbell River. Bien que des notes de service subséquentes indiquent que M. Binnie était informé de certains événements relatifs à cette action, M. Bill Scarth à Vancouver était chargé de la direction de l'action. Les faits n'étaient pas la prétention des bandes selon laquelle M. Binnie aurait planifié la stratégie d'instance dans la présente affaire. Par exemple, dans ses observations, la bande de Cape Mudge semble laisser entendre que l'annotation manuscrite figurant dans la marge de la note de service n° 3 a été rédigée par M. Binnie du fait qu' [TRADUCTION] « [il] a participé aux premières analyses d'ordre tactique dans la présente affaire, examinant quelle voie serait la moins risquée par la Couronne, quel moyen serait le "moins préjudiciable à invoquer" » (voir le mémoire de la bande de Cape Mudge, par. 12). Cependant, un examen plus attentif de cette note semble indiquer qu'elle est adressée à « Ian [Binnie] » et qu'elle est signée par « Bob [Green] ». En outre, comme nous l'avons indiqué précédemment, les notes de service n°s 8, 9 et 10 en particulier établissent que les opinions attribuées à M. Binnie ont été formulées dans le contexte des répercussions plus larges du processus de négociation plutôt que dans le contexte du litige.

De plus, dans l'appréciation que fait la personne raisonnable du risque de partialité découlant des activités passées d'un juge à titre d'avocat, cette personne doit tenir compte des particularités

the Department of Justice, as compared to private practice in a law firm. See the Canadian Judicial Council's *Ethical Principles for Judges*, *supra*, at p. 47. In this respect, it bears repeating that all parties accepted that a reasonable apprehension of bias could not rest simply on Binnie J.'s years of service in the Department of Justice. In his capacity as Associate Deputy Minister, Binnie had responsibility for thousands of files at the relevant time. While his views were sought in the negotiations stage of the present dispute, it is relevant that he was consulted on strategic orientations in dozens of cases or classes of cases. In this regard, the matter on which he was involved in this file, principally the effect of the McKenna McBride Report, was not an issue unique to this case, but was an issue of general application to existing reserves in British Columbia. This was presumably the reason why he was approached in the first place.

de l'exercice du droit au sein du ministère de la Justice plutôt que dans un cabinet d'avocats. Voir les *Principes de déontologie judiciaire*, *op. cit.*, du Conseil canadien de la magistrature, p. 49. À cet égard, il convient de rappeler que toutes les parties ont concédé qu'une crainte raisonnable de partialité ne saurait reposer simplement sur les années de service du juge Binnie au sein du ministère de la Justice. En sa qualité de sous-ministre adjoint, M. Binnie était responsable de milliers de dossiers à l'époque pertinente. Bien qu'on ait sollicité son opinion à l'étape des négociations du présent différend, il est utile de mentionner qu'il était consulté sur l'orientation stratégique de dizaines de dossiers ou de catégories de dossiers. À cet égard, la question sur laquelle il s'est penché dans la présente affaire, principalement l'effet du rapport McKenna McBride, n'était pas une question touchant exclusivement celle-ci, mais une question concernant en général les réserves existantes en Colombie-Britannique. C'est d'ailleurs vraisemblablement la raison pour laquelle on l'a consulté.

85 To us, one significant factor stands out, and must inform the perspective of the reasonable person assessing the impact of this involvement on Binnie J.'s impartiality in the appeals. That factor is the passage of time. Most arguments for disqualification rest on circumstances that are either contemporaneous to the decision-making, or that occurred within a short time prior to the decision-making.

Selon nous, un seul facteur important se détache nettement des autres et doit éclairer la personne raisonnable dans son appréciation de l'incidence de la participation du juge Binnie sur son impartialité dans les pourvois. Il s'agit en l'occurrence de l'écoulement du temps. Dans la plupart des cas où l'on plaide l'incapacité du décideur, on invoque des circonstances contemporaines au processus décisionnel ou survenues peu avant celui-ci.

86 In *Locabail (U.K.)*, *supra*, at p. 480, the English Court of Appeal stated:

Dans *Locabail (U.K.)*, précité, p. 480, la Cour d'appel d'Angleterre a déclaré ceci :

... every application must be decided on the facts and circumstances of the individual case. The greater the passage of time between the event relied on as showing a danger of bias and the case in which the objection is raised, the weaker (other things being equal) the objection will be.

[TRADUCTION] ... chaque demande doit être tranchée selon les faits et les circonstances propres à l'affaire concernée. Plus il s'est écoulé de temps entre l'événement qui, plaide-t-on, crée le risque de partialité et l'affaire dans laquelle cet argument est soulevé, plus faible (toutes choses étant par ailleurs égales) sera l'argument.

87 Similarly, in *Panton v. Minister of Finance*, [2001] 5 L.R.C. 132, [2001] UKPC 33, at para. 15, the Privy Council said:

De même, dans *Panton c. Minister of Finance*, [2001] 5 L.R.C. 132, [2001] UKPC 33, par. 15, le Conseil privé a fait les observations suivantes :

Another consideration which weighs against any idea of apparent or potential bias in the present case is the length of time which intervened between Rattray P.'s

[TRADUCTION] Un autre facteur militant contre l'existence de partialité apparente ou potentielle en l'espèce est le laps de temps qui s'est écoulé entre l'acte reproché au

conduct in connection with the Act or indeed his holding of the office of Attorney General and the time when he sat as President in the Court of Appeal to hear the present case. . . . It appears that Rattray P. retired as Attorney General in 1993. The hearing of the appeal was in 1998. While that interval of time is not so great as to make the former connection with the Act one of remote history, it is nevertheless of some significance in diminishing to some degree the strength of any objection which could be made to his qualification to hear the case.

In the present instance, Binnie J.'s limited supervisory role in relation to this case dates back over 15 years. This lengthy period is obviously significant in relation to Binnie J.'s statement that when the appeals were heard and decided, he had no recollection of his involvement in this file from the 1980s. The lack of knowledge or recollection of the relevant facts was addressed by the English Court of Appeal in *Locabail (U.K.)*, *supra*. There, at p. 487, the Court of Appeal asked:

How can there be any real danger of bias, or any real apprehension or likelihood of bias, if the judge does not know of the facts that, in argument, are relied on as giving rise to the conflict of interest?

The parties have not challenged Binnie J.'s statement, and we are of the view that they are not required to do so. The question is whether the reasonable person's assessment is affected by his statement, in light of the context — that is, in light of the amount of time that has passed, coupled with the limited administrative and supervisory role Binnie played in this file. In our view, it is a factor that the reasonable person would properly consider, and it makes bias or its apprehension improbable in the circumstances.

Binnie J.'s lack of recollection is thus relevant. Yet it is not decisive of the issue. This is not a case in which the judge never knew about the relevant conflict of interest, which would be much easier, but a case in which the judge no longer recalls it. Without questioning his recollection, the argument can be made that his earlier involvement in the file affected

président Rattray en ce qui concerne la Loi, ou d'ailleurs le moment où il était titulaire de la charge de procureur général, et le moment où il a entendu la présente affaire en qualité de président de la Cour d'appel [. . .] Il ressort des faits que le président Rattray a pris sa retraite comme procureur général en 1993. L'audition de l'appel a eu lieu en 1998. Bien que le laps de temps écoulé ne soit pas suffisamment long pour que l'on puisse qualifier d'histoire ancienne le lien antérieur avec l'acte lié à la Loi, il est néanmoins assez long pour affaiblir jusqu'à un certain point la valeur de toute contestation de son habilité à connaître de l'affaire.

En l'espèce, le rôle limité de supervision qu'a joué le juge Binnie dans l'affaire remonte à plus de 15 ans. Ce très long délai est clairement important en ce qui concerne la déclaration du juge Binnie selon laquelle, lorsque les pourvois ont été instruits et jugés, il n'avait aucun souvenir de sa participation dans cette affaire, qui remontait aux années 1980. La question de l'absence de connaissance ou de souvenir des faits pertinents a été examinée par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Locabail (U.K.)*, précité. Dans cette affaire, à la p. 487, la Cour d'appel a posé la question suivante :

[TRADUCTION] Comment peut-il y avoir risque réel de partialité ou encore crainte ou probabilité réelle de partialité si le juge ne connaît pas les faits qui, invoque-t-on, feraient naître le conflit d'intérêts?

Les parties n'ont pas contesté la déclaration du juge Binnie et nous estimons qu'elles ne sont pas tenues de le faire. Il faut décider si cette déclaration a une influence sur l'appréciation que fait la personne raisonnable, compte tenu du contexte — à savoir la période qui s'est écoulée, et le rôle limité d'administration et de supervision qu'a joué M. Binnie dans ce dossier. À notre avis, il s'agit d'un facteur dont la personne raisonnable tiendrait à juste titre compte et qui, dans les circonstances, rend improbable l'existence de partialité ou de crainte de partialité.

L'absence de souvenir du juge Binnie est donc un facteur pertinent. Cependant, elle n'est pas déterminante relativement à la question en litige. Nous sommes en présence non pas d'un cas où le juge n'a jamais rien su du conflit d'intérêts en cause, situation qui serait beaucoup plus simple, mais plutôt d'une affaire où le juge ne s'en

88

89

90

his perspective unconsciously. Nevertheless, we are convinced that the reasonable person, viewing the matter realistically, would not come to the conclusion that the limited administrative and supervisory role played by Binnie J. in this file, over 15 years ago, affected his ability, even unconsciously, to remain impartial in these appeals. This is true, quite apart from the multitude of events and experiences that have shaped him as a lawyer and judge in the interim and the significant transformations of the law as it relates to aboriginal issues, that we have all witnessed since 1985.

91 We thus conclude that no reasonable apprehension of bias is established and that Binnie J. was not disqualified in these appeals. The judgment of the Court and the reasons delivered by Binnie J. on December 6, 2002, must stand. It is unnecessary to examine the question whether, in the event that the Court had found that Binnie J. was disqualified, the judgment of the Court in these appeals would have been undermined. Nevertheless, because of the importance of the issue, we offer a few comments in this respect.

92 The decision-making process within the Supreme Court of Canada, while not widely known, is a matter of public record. Many Justices of the Court have spoken publicly on this matter, and a rather complete description of it can be found in an essay published in 1986 by Justice Bertha Wilson (“Decision-making in the Supreme Court” (1986), 36 *U.T.L.J.* 227). For present purposes, it is enough to say the following. Each member of the Supreme Court prepares independently for the hearing of appeals. All judges are fully prepared, and no member of the Court is assigned the task to go through the case so as to “brief” the rest of the coram before the hearing. After the case is heard, each judge on the coram expresses his or her opinion independently. Discussions take place on who will prepare

souvent plus. Sans mettre en doute la mémoire du juge Binnie, il serait possible de soutenir que sa participation au dossier dans le passé a influencé inconsciemment sa façon de voir les choses. Néanmoins, nous sommes convaincus que la personne raisonnable, considérant la question de façon réaliste, ne conclurait pas que le rôle limité d’administration et de supervision qu’a joué le juge Binnie dans ce dossier, il y a de cela plus de 15 ans, a influencé, même inconsciemment, sa capacité de demeurer impartial en l’espèce. C’est le cas, et ce même si l’on fait abstraction de la multitude d’événements et d’expériences qui l’ont entre-temps façonné comme avocat et comme juge, ainsi que des transformations importantes qui ont marqué le droit relatif aux questions autochtones et dont nous avons tous été témoins depuis 1985.

Nous concluons donc qu’aucune crainte raisonnable de partialité n’a été établie et que le juge Binnie n’était pas inhabile à connaître des présents pourvois. Le jugement de notre Cour et les motifs exposés par le juge Binnie, le 6 décembre 2002, doivent être maintenus. Il n’est pas nécessaire de se demander si la validité du jugement de notre Cour dans ces pourvois aurait été compromise si nous avions conclu à l’inhabilité du juge Binnie. Néanmoins, vu l’importance de la question, nous formulons quelques commentaires à ce propos.

Bien qu’il ne soit pas largement connu, le processus décisionnel au sein de la Cour suprême du Canada est néanmoins notoire. De nombreux juges de notre Cour se sont exprimés publiquement sur ce processus, dont on trouve une description assez complète dans un article publié en 1986 par la juge Bertha Wilson (« Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227). Pour les besoins du présent pourvoi, les explications suivantes suffiront. Chaque membre de la Cour suprême se prépare individuellement pour l’audition des pourvois. Tous les juges sont bien préparés et aucun d’entre eux ne se voit assigner la tâche d’éplucher l’affaire afin de l’« exposer » aux autres membres de la formation avant l’audience. Après celle-ci, chaque juge de la formation ayant entendu l’affaire exprime son opinion individuellement. Des discussions ont lieu en

draft reasons, and whether for the majority or the minority. Draft reasons are then prepared and circulated by one or more judges. These reasons are the fruit of a truly collegial process of revision of successive drafts. In that sense, it can be said that reasons express the individual views of each and every judge who signs them, and the collective effort and opinion of them all.

Here, the nine judges who sat on these appeals shared the same view as to the disposition of the appeals and the reasons for judgment. Cases where the tainted judge casts the deciding vote in a split decision are inapposite in this respect. In the circumstances of the present case, even if it were found that the involvement of a single judge gave rise to a reasonable apprehension of bias, no reasonable person informed of the decision-making process of the Court, and viewing it realistically, could conclude that it was likely that the eight other judges were biased, or somehow tainted, by the apprehended bias affecting the ninth judge.

V. Conclusion

We conclude that no reasonable apprehension of bias is established. Binnie J. was not disqualified to hear these appeals and to participate in the judgment. As a result, the motions to vacate the judgment rendered by this Court on December 6, 2002, are dismissed. The Crown's motion for directions is also dismissed. Although the bands requested costs, the Crown did not. Under the circumstances, each party will bear its own costs.

APPENDIX

Documents produced by the Crown and referred to in the reasons:

vue de décider qui rédigera le projet de motifs, tant pour la majorité que pour la minorité, le cas échéant. Le ou les projets de motifs sont ensuite préparés par un ou plusieurs juges, puis distribués aux autres. Ces motifs sont le fruit d'un véritable processus collégial de révision de divers projets successifs. En ce sens, on peut dire que les motifs résultent d'efforts collectifs et expriment les vues individuelles de chacun des juges qui les signent, ainsi que l'opinion de l'ensemble du groupe.

En l'espèce, les neuf juges ayant entendu les pourvois étaient du même avis quant au dispositif et aux motifs de jugement. Les affaires où le juge partial ou dont on craint raisonnablement la partialité exprime la voix qui a pour effet de décider de l'affaire ne sont pas pertinentes en l'espèce. En effet, dans les circonstances de la présente affaire, même si l'on constatait que le rôle d'un seul juge a fait naître une crainte raisonnable de partialité, aucune personne raisonnable connaissant le processus décisionnel de notre Cour et le considérant de façon réaliste ne saurait conclure que les huit autres juges étaient vraisemblablement partiaux ou ont été influencés d'une quelconque façon par la partialité redoutée de la part du neuvième juge.

V. Conclusion

Nous concluons qu'aucune crainte raisonnable de partialité n'a été établie. Le juge Binnie n'était pas inhabile à connaître des présents pourvois et à participer au jugement. Par conséquent, les requêtes sollicitant l'annulation du jugement rendu par notre Cour le 6 décembre 2002 sont rejetées. La requête présentée par la Couronne en vue d'obtenir des directives est elle aussi rejetée. Bien que les bandes aient réclamé les dépens, la Couronne ne l'a pas fait. Vu les circonstances, chaque partie supportera ses propres dépens.

ANNEXE

Documents produits par la Couronne et examinés dans les motifs :

93

94

LETTER

Department of Justice
Canada
Ottawa, Canada
K1A 0H8

Ministère de la Justice
Canada

CONFIDENTIAL
L88-11-10-1
24/05/03 10:10

May 23, 1985.

Chief Sol Sanderson,
Federation of Saskatchewan
Indian Nations,
1100-First Avenue East,
Prince Albert, Saskatchewan,
S6V 2A7.

Dear Chief Sanderson:

Re: Surrender Claims

I met this morning with Delia Opekokew and Anita Gordon to discuss the procedure for resolving the thirty six outstanding surrender claims. I understand, of course, that the Federation of Saskatchewan Indian Nations wishes to pursue resolution of these claims by negotiations with the federal government but some concern has been raised respecting the possible operation of limitation periods.

In these circumstances we agreed that the most prudent course of action would be for the potential plaintiffs to commence proceedings in the Federal Court of Canada in respect of these claims on the clear understanding that it would be neither necessary nor desirable for the federal government to file a Statement of Defence unless and until it becomes clear to either party that a claim is unlikely to be resolved by negotiation. At that time either party would have the right to get on with the next step in the litigation.

The filing of Statements of Claim in this way would immediately stop the running of any applicable limitation period in respect of the cause of action therein set out, thereby protecting the interest of the Band, while at the same time leaving it open to the parties to negotiate in good faith an out of court settlement of each of these claims.

.../2

Canada

LETTRE

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
CanadaOttawa, Canada
K1A 0H8

le 23 mai 1985

Chef Sol Sanderson
Federation of Saskatchewan
Indian Nations
1100 First Avenue East
Prince Albert (Saskatchewan)
S6V 2A7

Chef Sanderson,

Objet : Revendications relatives aux cessions

Ce matin, j'ai rencontré Delia Opekokew et Anita Gordon afin de discuter de la procédure de règlement des 36 revendications relatives aux cessions toujours non résolues. Je comprends évidemment que la Federation of Saskatchewan Indian Nations souhaite régler ces revendications par voie de négociation avec le gouvernement fédéral, mais certaines inquiétudes ont été soulevées quant à la possible expiration des délais de prescription.

Vu les circonstances, nous avons convenu que la démarche la plus prudente serait que les demandeurs potentiels intentent une action en Cour fédérale du Canada à l'égard de ces revendications, étant clairement entendu qu'il ne serait pas nécessaire, ni utile, que le gouvernement fédéral produise une défense tant et aussi longtemps qu'il ne deviendra pas évident pour l'une ou l'autre partie qu'un règlement négocié de la revendication est peu probable. À ce moment-là, les deux parties auraient le droit de passer à l'étape suivante de l'instance.

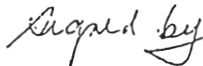
De cette façon, le dépôt des déclarations arrêterait l'écoulement de tout délai de prescription applicable à la cause d'action invoquée, protégeant ainsi les droits des bandes, tout en laissant aux parties la possibilité de négocier de bonne foi un règlement amiable pour chacune de ces revendications.

.../2

...2

As you know, it is the policy of the federal government to endeavour to resolve specific claims out of court and notwithstanding issuance of Statements of Claim every reasonable effort will be made on our part to deal with these claims expeditiously within the government's specific claims policy.

Yours very truly,



Ian Binnie, Q.C.,
Associate Deputy Minister.
/hdm

c.c.: Bob Green ✓
Stu Archibald

...2

Comme vous le savez, le gouvernement fédéral a comme politique de s'efforcer de régler amiablement les revendications particulières et, malgré le dépôt d'une déclaration, nous déploierons tous les efforts raisonnables afin de régler rapidement ces revendications dans le cadre de la politique du gouvernement sur les revendications particulières.

Veillez agréer, Chef Sanderson, mes salutations distinguées.

Ian Binnie, c.r.
Sous-ministre adjoint
/hdm

c.c. : Bob Green
Stu Archibald

MEMORANDUM NO. 1Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification – Cote de sécurité
File number – numéro de dossier
1.45.4.2071
Date
June 19, 1985

TO/A: FILE

FROM/DE: Mary Temple
A/Senior Counsel
Office of Native Claims

SUBJECT/OBJET: Campbell River Claim

Comments/Remarques

Last week Lou Harvey, the band lawyer, indicated that they were considering starting an action in the Federal court in order to protect themselves against the running of limitation periods in case the claim was not validated. So as to ensure that the ONC process could continue in the meantime he asked what should be done. I told him that a procedure had been discussed in respect of other claims and that I would get back to him within a week confirming precisely what the Crown would require from him. I reviewed the May 23, 1985 memo from Ian Binnie to Chief Sol Sanderson of the Federation of Saskatchewan Indian Nations, which was written in connection with 36 surrender claims. In this memo Mr. Binnie indicated that on the filing of the Statement of Claim the Federal Crown would need something confirming that it was neither necessary nor desirable for the Federal Government to file a Statement of Defence. I discussed such a procedure with Bill Scarth of the Vancouver Regional Office and he said what I propose sounded fine. I spoke to Lou Harvey today and said that he should, when he started an action, send to the Litigation section of the Department of Justice in Vancouver a letter indicating why the action was being started that they wished to continue with the ONC process (assuming a decision respecting validation had not yet been made) and that the Crown would not be required to file a Statement of Defence until further notice. Lou Harvey said this sounded fine and he would copy any such letter to me for my information.

M.T.

NOTE DE SERVICE N^O 1

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: File / Dossier

FROM/DE: Mary Temple
Avocate-conseil/p.i.
Bureau des revendications des Autochtones

SUBJECT/OBJET: Revendication de la bande indienne de Campbell River

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 19 juin 1985

Comments/Remarques

La semaine dernière, Lou Harvey, l'avocat de la bande, a indiqué que celle-ci songeait à introduire une instance en Cour fédérale afin de se protéger contre l'expiration des délais de prescription au cas où sa revendication serait déclarée irrecevable. Il a donc demandé ce qui devait être fait pour s'assurer que le processus du Bureau des revendications des Autochtones se poursuive dans l'intervalle. Je lui ai dit qu'une procédure avait été discutée relativement à d'autres revendications et que je le rappellerais dans une semaine pour lui dire exactement ce que la Couronne exigerait de lui. J'ai examiné la note datée du 23 mai 1985 qu'a envoyée Ian Binnie au chef Sol Sanderson de la Federation of Saskatchewan Indian Nations, laquelle note a été écrite en rapport avec 36 revendications relatives à des cessions. Dans sa missive, M. Binnie mentionnait que, lors du dépôt de la déclaration, la Couronne aurait besoin d'une note confirmant qu'il n'était ni nécessaire, ni utile pour le gouvernement fédéral de produire une défense. J'ai discuté de cette procédure avec Bill Scarth du bureau régional de Vancouver, et il a dit que ce que je propose est sensé. J'ai parlé avec Lou Harvey aujourd'hui et je lui ai dit que, lorsqu'il intenterait une action, il devrait envoyer à la Section du contentieux du ministère de la Justice à Vancouver une lettre indiquant pourquoi l'action était intentée, que la bande désirait poursuivre le processus du Bureau des revendications des Autochtones (en supposant qu'une décision concernant la recevabilité n'ait pas encore été rendue) et que, jusqu'à nouvel ordre, la Couronne n'aurait pas à produire de défense. Lou Harvey a affirmé que cela lui convenait et qu'il me ferait parvenir une copie de cette lettre à titre d'information.

M.T.

MEMORANDUM NO. 2Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification — Cote de sécurité

File number — numéro de dossier

Date

August 9, 1985

TO/A: W. I. C. Binnie, Q.C.

FROM/DE: Mary Temple

SUBJECT/OBJET: Port Simpson and Campbell River Claims

Comments/Remarques

As you know an outstanding issue crucial to the federal position in respect of the validity of these two claims was referred to Tom Marsh of the Vancouver Office for his opinion. In a recent communication (August 7th) with Tom Marsh, he indicated to me that his work and opinion would not be ready before the middle of September. If there are any further communications with respect to the Port Simpson opinion from Band representatives I trust you will keep either myself or Joanne Kellerman informed.

M. T.

c.c. T. B. Marsh

NOTE DE SERVICE N^O 2

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 9 août 1985

TO/À: W. I. C. Binnie, c.r.

FROM/DE: Mary Temple

SUBJECT/OBJET: Les revendications des bandes indiennes de Port Simpson et de Campbell River

Comments/Remarques

Comme vous le savez, on a demandé à Tom Marsh, du bureau de Vancouver son avis à l'égard d'une question cruciale, qui n'a pas encore été tranchée, relativement à la position du gouvernement fédéral sur la recevabilité de ces deux revendications. Je me suis entretenu récemment (le 7 août) avec Tom Marsh et il m'a dit que son avis ne serait pas prêt avant la mi-septembre. Si d'autres communications émanaient des représentants de la bande en ce qui concerne l'avis sur Port Simpson, je compte sur vous pour m'en aviser ou en aviser Joanne Kellerman.

M. T.

c.c. T. B. Marsh

MEMORANDUM NO. 3

Canada

Canada

MÉ MORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification — Cote de sécurité
File number — numéro de dossier
1.45.4.2071 ✓
1.45.0.2007
Date
October 11, 1985

TO/A: I. Binnie, Q.C.
Associate Deputy Minister

FROM/DE: R. Green
General Counsel, DIAND Legal Services

SUBJECT/OBJET: Establishment of Reserves in B.C.
Port Simpson and Campbell River Band Claims

Comments/Remarques

I have requested the October 18 (3:00 p.m.) meeting with you in connection with these matters in order to discuss a legal issue which potentially touches on all claims from B.C. bands, or at least all involving a determination of rights and liabilities arising out of the pre-McKenna/McBride period.

The validation of both of these claims turns on whether or not the reserves in question were established before the McKenna/McBride exercise. In the case of the Port Simpson Reserve, a provincial order-in-council was issued on February 26, 1884 (copy of that order and the related memorandum is attached) purporting to establish that Reserve. In the case of the Campbell River Reserves No. 11 and 12, a provincial and federal order-in-council were issued dated April 6, 1888 and May 29, 1888 respectively (copies of those orders are attached) giving Green the authority to determine the reserve boundaries. But for the provision in the provincial legislation (copies of this provision, in all its forms from before Confederation until 1936, are attached) which referred to the Gazetting of notices for the reservation of Indian lands, these orders-in-council would seem sufficient to conclude that the reserves had been legally established by them (or, in the case of Campbell River, by Green's reported decision).

During the course of the first meeting between ONC and the Campbell River Band representatives to discuss the preliminary Justice opinion (which was to the effect the Band had no claim), the Band lawyer suggested that unless an appropriate notice was published in the B.C. Gazette in accordance with s.60 of the Land Act of B.C., the reserves were not legally established by the two orders-in-council of 1888 or by Green's Report. If this is correct, the reserves would not have been legally established until the McKenna/McBride exercise which would mean that the Band has a valid claim.

NOTE DE SERVICE N^o 3

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**TO/À: I. Binnie, c.r.
Sous-ministre adjointFROM/DE: R. Green
Avocat général, Services juridiques MAINC**SUBJECT/OBJET:**Établissement des réserves en C.-B.
Revendications des bandes de Port Simpson et de Campbell River

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

1.45.0.2007

Date

Le 11 octobre 1985

Comments/Remarques

J'ai demandé à vous rencontrer le 18 octobre (15 h) relativement à ces affaires afin que nous discussions d'un point de droit qui concerne potentiellement toutes les revendications présentées par des bandes de la C.-B., ou à tout le moins les revendications requérant la détermination de droits et obligations découlant de la période antérieure à McKenna/McBride.

La recevabilité de ces deux revendications dépend de la question de savoir si les réserves en question ont été établies avant les travaux de la Commission McKenna/McBride. Dans le cas de la réserve de Port Simpson, un décret provincial a été pris le 26 février 1884 censément dans le but d'établir cette réserve (vous trouverez ci-joint copie de ce décret et de la note de service connexe). Dans le cas des réserves n^{os} 11 et 12 de Campbell River, un décret provincial et un décret fédéral ont été pris les 6 avril et 29 mai 1888 respectivement (vous trouverez ci-joint copie de ces décrets) donnant à Green le pouvoir de délimiter les réserves. Si ce n'était de la disposition de la loi provinciale (disposition dont j'ai annexé les différentes versions depuis la Confédération jusqu'en 1936) mentionnant la publication d'avis dans la Gazette pour la mise de côté de terres indiennes, ces décrets sembleraient suffisants pour que l'on puisse conclure que les réserves ont été juridiquement établies par ces documents (ou, dans le cas de Campbell River, par la décision de Green dans son rapport).

Lors de la première réunion que le Bureau des revendications des Autochtones et les représentants de la bande indienne de Campbell River ont tenue afin de discuter de l'opinion préliminaire du ministère de la Justice (selon laquelle la revendication de la bande n'était pas recevable), l'avocat de la bande a prétendu qu'à moins qu'un avis approprié n'ait été publié dans la Gazette de la C.-B., conformément à l'art. 60 de la loi de la C.-B. intitulée Land Act, les réserves n'ont pas établies légalement par les deux décrets de 1888 ou par le rapport de Green. S'il a raison, les réserves n'ont pas été établies légalement avant les travaux de McKenna/McBride, ce qui aurait pour effet de rendre recevable la revendication de la bande.

-2-

With respect to the Port Simpson claim, which was validated by the Minister on April 15, 1985 (copy of letter is attached), the conclusion that The Gazetting of a notice is essential to establish the reserve would have the opposite effect, i.e., to convert what has to date been recognized as a valid claim into one for which the Crown has no legal liability.

In general, if the Gazetting of these notices is, in law, essential to establish a reserve, then, since no such notices were Gazetted after B.C. joined Confederation in 1871 (although they were so Gazetted before that date), none of the reserves identified by the Indian Commissioners during the latter part of the 19th Century (estimated at 2/3 of all B.C. Reserves) would have been legally established until the implementation of the McKenna/McBride exercise in 1924.

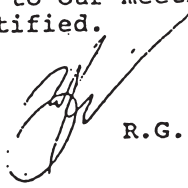
I have attached hereto the response of Tom Marsh to our request for his assistance in respect of this issue. As you can see he has set out a variety of arguments as to the interpretation of the B.C. Legislation. It seems to me that there are three likely interpretations:

1. no reserve is legally established until the notice Gazetted;
2. the Gazetting provision is for the purpose of land banking;
3. the Gazetting process is a condition prescedent to transferring administration and control of reserves to the federal government but not to the creation of the Indian interest.

No one interpretation is with any degree of certainty the best one, but in order to proceed with either of the two claims, a decision must be made as to which one is to be supported.

A further wrinkle relates to the liklihood of litigation whichever way we go. The Port Simpson Band representatives have indicated they will proceed with litigation if their claim is not recognized and the Campbell River Band has, apparently already commenced an action, although for the time being, on the basis of preventing the expiration of any applicable limitation period.

I trust the above has conveyed the essential factors related to the issue. I am looking forward to our meeting and trust an acceptable solution will be identified.


R.G.

Attach.

*in, On the surface
seems to be
at least during
very to go / 1/2*

-2-

En ce qui concerne la revendication de la bande indienne de Port Simpson, laquelle a été déclarée recevable par le ministre le 15 avril 1985 (vous trouverez ci-joint copie de la lettre à cet effet), la conclusion selon laquelle la publication d'un avis dans la Gazette est essentielle pour établir une réserve produirait l'effet contraire, c.-à-d. qu'elle convertirait ce qui a été reconnu comme une revendication recevable en une revendication à l'égard de laquelle la Couronne n'a légalement aucune responsabilité.

De façon générale, si la publication de ces avis dans la Gazette est, en droit, essentielle pour établir une réserve, en conséquence, comme aucun de ces avis n'a été publié dans la Gazette après l'adhésion de la C.-B. à la Confédération en 1871 (bien que de tels avis fussent publiés avant cette date), aucune des réserves recensées par les commissaires des Indiens dans la seconde partie du 19^e siècle (environ 2/3 de l'ensemble des réserves de la C.-B.) n'a été établie légalement avant la mise en œuvre du rapport McKenna/McBride en 1924.

J'ai joint aux présentes la réponse de Tom Marsh à la demande que nous lui avons adressée concernant cette question. Comme vous pouvez le constater, il a énuméré un certain nombre d'arguments concernant l'interprétation de la loi de la C.-B. Il me semble qu'il existe trois interprétations possibles :

1. aucune réserve n'est légalement établie tant que l'avis à cet effet n'a pas été publié dans la Gazette;
2. les dispositions relatives à la publication dans la Gazette visent la constitution de réserves foncières;
3. la procédure de publication d'un avis dans la Gazette est un préalable au transfert au fédéral de la maîtrise et de l'administration des réserves mais non à la création d'un intérêt en faveur des Indiens.

*[Jan, à première
vue le 3^e argument
semble le moyen le
moins préjudiciable à
invoquer.
Bob

Il est impossible de dire avec certitude laquelle de ces interprétations est la meilleure, mais pour donner suite à l'une ou l'autre des revendications, une décision doit être prise sur l'interprétation qu'il convient de faire valoir.

Une autre difficulté est le risque de litige quelle que soit l'interprétation que nous retenions. Les représentants de la bande de Port Simpson ont indiqué qu'ils intenteraient une action si leur revendication n'était pas déclarée recevable et la bande de Campbell River a, apparemment, déjà intenté une action, quoique pour l'instant ce ne soit que pour empêcher l'expiration de tout délai de prescription applicable.

J'espère vous avoir communiqué dans ce qui précède les éléments essentiels de la question. J'attends avec intérêt notre réunion et je suis confiant que nous trouverons une solution acceptable.

R.G.

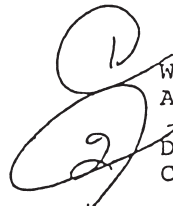
P.j.

*Note manuscrite.

MEMORANDUM NO. 4Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification — Cote de sécurité
File number — numéro de dossier 284563
Date December 12, 1985

TO/A:  W.I.C. BINNIE, Q.C.,
Associate Deputy Minister.FROM/DE: DUFF FRIESEN, General Counsel,
Civil Litigation Section.SUBJECT/OBJET: ROY ANTHONY ROBERTS, C. AUBREY ROBERTS and
JOHN HENDERSON, suing on their own behalf
and on behalf of all other members of the
WEWAYAKUM INDIAN BAND, also known as the
CAMPBELL RIVER INDIAN BAND
Court No.: T-2652-85

Comments/Remarques

The Statement of Claim in this matter raises issues relating to the administration or application of laws relating to Indians. Accordingly, I refer it to you for your comments before assigning it. Unless you wish to handle the matter differently, I propose to refer it to the Vancouver Regional Office.

May I please have your comments?

DFF/vht
Attch.
D.F.F.
Binnie
12.12.85

NOTE DE SERVICE N^o 4

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: W.I.C. Binnie, c.r.
Sous-ministre adjoint

FROM/DE: Duff Friesen, avocat général,
Section du contentieux des affaires civiles

SUBJECT/OBJET: ROY ANTHONY ROBERTS, C. AUBREY ROBERTS et JOHN
HENDERSON, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres
membres de la BANDE INDIENNE WEWAYKUM, également connue
sous le nom de BANDE INDIENNE DE CAMPBELL RIVER
N^o du greffe : T-2652-85

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

284563

Date

Le 12 décembre 1985

Comments/Remarques

La déclaration dans la présente affaire soulève des questions concernant l'administration ou l'application de lois relatives aux Indiens. Je vous l'envoie donc, avant de l'assigner, afin que vous me fassiez part de vos observations. À moins que vous ne souhaitiez traiter l'affaire d'une manière différente, je propose de la confier au Bureau régional de Vancouver.

Pourriez-vous me faire part de vos observations?

DFF/vht
Pj.

D.F.F.

*Je suis d'accord.

I. Binnie
12-12-85

*Note manuscrite.

MEMORANDUM NO. 5Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité
File number - numéro de dossier
1.45.4.2071
Date
December 13, 1985

TO/A: G. Donegan
General Counsel, Vancouver Regional OfficeAttention: H.J. Wruck, Senior Counsel, Civil LitigationFROM/DE: Mary Temple, Legal Counsel
Native ClaimsSUBJECT/OBJET: Re: Campbell River Band's Specific Claim

Comments/Remarques

On October 22, 1985 I informed Manfred Klein, Negotiator for the Specific Claims Branch in Vancouver, that I considered the Campbell River claim respecting Quinsam Reserve No. 12 to be one which could be validated for the purposes of negotiations under the policy of the Department of Indian and Northern Affairs. I was informed today by Lou Harvey of the Davis and Company Law Firm in Vancouver, representing the Campbell River Band, that the band has now had a statement of claim filed on its behalf in court and intends to proceed with this claim through litigation rather than through negotiation under the Department of Indian Affairs policy. The main reason cited was that the band wants to have the reserve in question, Quinsam Reserve No. 12, returned to it notwithstanding the fact that Reserve No. 12 is presently and has always been occupied by another band, the Cape Mudge Band. Under the Department of Indian Affairs policy the normal position is that third party interest will not be disturbed in order to compensate a band for any loss recognized under the policy.

I assume you will be served officially with documentation relating to this claim and for your assistance in developing a statement of defence I am enclosing hereunder my opinion of October 22, my opinion of March 8, 1985 which is somewhat modified by the October 22 opinion, and a copy of a memo dated November 14, 1985 which was sent to Mr. Harvey from Manfred Klein informing him that Mr. Klein was prepared to recommend to the Minister of Indian Affairs recognition of the claim under the policy.

The documentation on which my opinion was based was reviewed and is in the hands of the Office of Native Claims Branch in Vancouver. Manfred Klein of that office would be able to provide you with this documentation at your request.

NOTE DE SERVICE N^o 5

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: G. Donegan
Avocat général, Bureau régional de Vancouver

Aux soins de : H.J. Wruck, avocat-conseil, Contentieux des affaires civiles

FROM/DE: Mary Temple, conseillère juridique
Revendications des Autochtones

SUBJECT/OBJET: La revendication particulière de la bande de Campbell River

Comments/Remarques

Le 22 octobre 1985, j'ai informé Manfred Klein, négociateur pour la Direction générale des revendications particulières à Vancouver, que la revendication de la bande indienne de Campbell River concernant la Réserve Quinsam n^o 12 était à mon avis recevable aux fins de négociation dans le cadre de la politique du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Lou Harvey, du cabinet d'avocats Davis and Company de Vancouver, qui représente la bande indienne de Campbell River, m'a informée aujourd'hui que la bande avait fait déposer une déclaration en cour et entendait faire valoir sa revendication devant les tribunaux plutôt que négocier dans le cadre de la politique du ministère des Affaires indiennes. La principale raison invoquée est que la bande veut que la réserve en question, Quinsam n^o 12, lui soit remise malgré le fait que cette réserve est présentement occupée, comme elle l'a toujours été, par une autre bande, la bande de Cape Mudge. Conformément à la position habituelle prévue par la politique du ministère des Affaires indiennes, il ne saurait être porté atteinte aux droits de tierces parties pour indemniser une bande à l'égard d'une perte reconnue dans le cadre de la politique.

Je présume que vous recevrez officiellement signification des documents ayant trait à cette action et, afin de vous aider à préparer une défense, vous trouverez ci-joint copie de mes avis datés des 22 octobre 1985 et 8 mars 1985 respectivement, cette dernière ayant été quelque peu modifiée par l'opinion du 22 octobre, ainsi qu'une copie d'une note de service datée du 14 novembre 1985 qu'a envoyée Manfred Klein à M. Harvey, l'informant qu'il était prêt à recommander au ministre des Affaires indiennes que celui-ci déclare la revendication recevable dans le cadre de la politique.

Les documents sur lesquels repose mon avis ont été examinés et se trouvent présentement au Bureau des revendications des Autochtones de Vancouver. Manfred Klein, de ce bureau, vous fournira ces documents au besoin.

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 13 décembre 1985

-2-

For your further information, certain aspects of this claim were the subject of correspondence with Thomas Marsh of your office and were also discussed with Ian Binnie in Ottawa. In particular, Ian Binnie formed the opinion that the McKenna McBride report, to the extent that it specified that Quinsam Reserve No. 12 was the Campbell River Band's Reserve, should be taken at its face value notwithstanding the apparent fact that the designation of the Reserve for this band stemmed from an administrative error in the list of reserves on which the Commission relied as its primary source of information.

If I can be of any assistance to the member of your staff to whom the file is assigned, I would be most pleased.



M.T.

Encl.

cc: D. F. Friesen, General Counsel
Civil Litigation (Common Law Section) Ottawa Headquarter.

I. Binnie, Associate Deputy Minister, Ottawa Headquarter:

M. Freeman, Sr. Counsel, Native Law Section, Ottawa Headquarters.

M. Klein, Negotiator, Specific Claims Branch, Vancouver Regional Office

D. K. Goodwin, Assistant Deputy Minister, Indian and Inuit Affairs Program

-2-

De plus, je tiens à vous informer que certains aspects de la revendication ont fait l'objet de correspondance entre Thomas Marsh, de votre bureau, et de discussions avec Ian Binnie à Ottawa. En particulier, Ian Binnie a exprimé l'avis que le rapport McKenna McBride, dans la mesure où il y est précisé que la réserve Quinsam n° 12 était la réserve de la bande de Campbell River, devrait être pris à la lettre, indépendamment du fait que l'attribution de la réserve à cette bande découle d'une erreur administrative dans la liste des réserves que la Commission a utilisée comme principale source de renseignements.

Il me fera le plus grand plaisir d'apporter mon aide au membre de votre personnel à qui le dossier sera confié.

M.T.

P.j.

c.c. : D. F. Friesen, avocat général

Contentieux des affaires civiles (section de common law),
Administration centrale, Ottawa

I. Binnie, sous-ministre adjoint, Administration centrale, Ottawa

M. Freeman, avocat-conseil, Section du droit des Autochtones,
Administration centrale, Ottawa

M. Klein, négociateur, Direction générale des revendications
particulières, Bureau régional de Vancouver

D. K. Goodwin, sous-ministre adjoint, Programme des affaires
indiennes et inuites

MEMORANDUM NO. 6

Department of Justice Ministère de la Justice
Canada Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification – Cote de sécurité

File number – numéro de dossier

Date

January 14, 1986

TO/À: Mary Temple
 Office of Native Claims - DIAND

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Campbell River Band Specific Claim

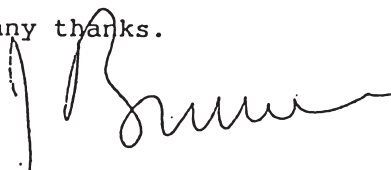
Comments/Remarques

I acknowledge with thanks receipt of a copy of your note of December 13, 1985 which states in part:

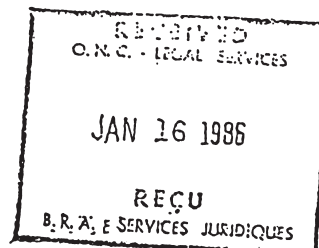
"Ian Binnie formed the opinion that the McKenna McBride Report, to the extent that it specified that Quinsam Reserve No. 12 was the Campbell River Band's reserve should be taken at its face value notwithstanding the apparent fact that the designation of the reserve for this Band stemmed from an administrative error in the list of reserves on which the Commission relied as its primary source of information."

I recall some discussion about this, but not in the raw terms you have stated it. Could you let me have a note setting out the factual circumstances of the case and the legal points addressed in our discussion and any other relevant legal points you think should be considered?

Many thanks.


Ian Binnie
/hdm

C.C.: Bob Green



NOTE DE SERVICE N^o 6

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date
Le 14 janvier 1986

TO/À: Mary Temple
Bureau des revendications des Autochtones - MAINC

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Revendication particulière de la bande de Campbell River

Comments/Remarques

J'accuse par les présentes réception d'une copie de votre note du 13 décembre 1985, dont je vous remercie et dans laquelle on peut lire ce qui suit :

« Ian Binnie a exprimé l'avis que le rapport McKenna McBride, dans la mesure où il y est précisé que la réserve Quinsam n^o 12 était la réserve de la bande de Campbell River, devrait être pris à la lettre, indépendamment du fait que l'attribution de la réserve à cette bande découle d'une erreur administrative dans la liste des réserves que la Commission a utilisée comme principale source de renseignements. »

Je me souviens d'une discussion à ce sujet, mais pas dans les termes sommaires dans lesquels vous énoncez la chose. Pourriez-vous me faire parvenir une note exposant les faits de l'affaire et les questions de droit dont nous avons discuté, ainsi que toute autre question de droit pertinente qui, selon vous, devrait être examinée?

Merci beaucoup.

Ian Binnie
/hdm

c.c. : Bob Green

MEMORANDUM NO. 7

Department of Justice Ministère de la Justice
Canada Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification – Cote de sécurité

File number – numéro de dossier

Date

January 15, 1986

TO/À: Harry Wruck – Vancouver

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Ray Anthony Roberts v, Her Majesty the Queen et al
 Federal Court of Canada Trial Division

Comments/Remarques

Thank you for your note of January 16, 1986.
I am delighted with your assignment of this matter
to Bill Scarth. Please let me know if anything happens
that the Minister should be aware of.

Ian Binnie
rg

RECEIVED
JAN 16 1986
DEPARTMENT OF JUSTICE
VANCOUVER, B.C.

NOTE DE SERVICE N^o 7

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE****TO/À:** Harry Wruck - Vancouver**FROM/DE:** Ian Binnie**SUBJECT/OBJET:** Ray Anthony Roberts c. Sa Majesté la Reine et autres — Cour
fédérale du Canada, Section de première instance

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 15 janvier 1986

Comments/Remarques

Je vous remercie de votre note de service du 16 janvier 1986. Je suis ravi que vous ayez attribué cette affaire à Bill Scarth. Je vous saurais gré de me prévenir s'il arrive quoi que ce soit dont le ministre devrait être informé.

Ian Binnie
rg

MEMORANDUM NO. 8

 Department of Justice Ministère de la Justice
Canada Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

TO/A: Ian Binnie
Associate Deputy Minister, Justice

FROM/DE: Mary Temple
Legal Counsel, Native Claims

SUBJECT/OBJET: Re: Campbell River Band Specific Claim/Litigation

Security Classification — Cote de sécurité
File number — numéro de dossier
1.45.4.2071
Date
January 20, 1986

Comments/Remarques: As requested in your memo of January 14, 1986 I will set out hereunder the factual circumstances of this claim and the legal points addressed in our discussion which took place in October 1985.

At the present time the Campbell River Band occupies Reserve No. 11 and the Cape Mudge Band occupies, among other reserves, Reserve No. 12 which is several miles distant from Reserve No. 11. The historical research indicated that the first legal establishment of both reserves was accomplished in 1888 through the issuance of Provincial and Federal Orders in Council and a survey by Mr. Green. In his survey document and report Mr. Green indicated that the reserves were both established for the Cape Mudge Band. The historical evidence indicates that almost immediately there were disputes among members of both bands as to who had the right to occupy and use Reserve No. 11. Reserve No. 12 was not being used to any significant degree until the early part of the twentieth century. The dispute arose because the prime Indian occupants of Reserve No. 11 were members of a family the head of which was officially a member of the Campbell River Band although he had been a resident of a Cape Mudge Band Reserve on a nearby island and had, only a few years before, the establishment of Reserve No. 11 commenced occupation of that reserve late in the year into the winter period. The evidence indicates that this individual attempted to prevent members of the Cape Mudge Band from utilizing Reserve No. 11 notwithstanding attempts by Federal government officials to persuade him that the Reserve had been set aside for all the Indians. By 1907 it was apparent that only members of the Campbell River Band were in occupancy and were the primary users of Reserve No. 11. In an attempt to deal with the discrepancy between this fact and the documented evidence that the Reserve was apparently set aside for the Cape Mudge Band, Federal government officials arranged for a meeting of the Cape Mudge Band which agreed to permit the Campbell River Band to reside on Reserve No. 11 on the condition only that the Cape Mudge Band retain the right to fish in the river in common with the Campbell River Band. There was no compliance with the formal requirements of the Indian Act in respect of surrenders. Federal officials made a change to their departmental record of

NOTE DE SERVICE N° 8

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: Ian Binnie
Sous-ministre adjoint, Justice

FROM/DE: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendication des Autochtones

SUBJECT/OBJET: Revendication particulière et action en justice de la bande de Campbell
River

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 20 janvier 1986

Comments/Remarques

Comme vous l'avez demandé dans votre note de service du 14 janvier 1986, je vais exposer ci-après les circonstances factuelles de cette revendication et les questions de droit dont nous avons discuté lors de notre entretien en octobre 1985.

Présentement, la bande indienne de Campbell River occupe la réserve n° 11 et la bande indienne de Cape Mudge occupe, entre autres réserves, la réserve n° 12 qui est située à plusieurs milles de distance de la réserve n° 11. Les recherches historiques ont révélé que les deux réserves avaient été établies juridiquement pour la première fois en 1888 par la prise de décrets fédéral et provincial et par un arpentage réalisé par M. Green. Dans son document d'arpentage et son rapport, M. Green a mentionné que les deux réserves avaient été établies pour la bande indienne de Cape Mudge. La preuve historique indique que des différends ont presque aussitôt pris naissance entre les membres des deux bandes quant à savoir qui avait le droit d'occuper et d'utiliser la réserve n° 11. La réserve n° 12 n'a commencé à être utilisée de façon notable qu'au début du 20^e siècle. Le différend a éclaté parce que les premiers occupants autochtones de la réserve n° 11 étaient membres d'une famille dont le chef était officiellement membre de la bande indienne de Campbell River, bien qu'il résidât dans une réserve de la bande indienne de Cape Mudge située sur une île voisine et que, quelques années auparavant seulement, il avait commencé à occuper cette réserve vers la fin de l'année et pendant l'hiver qui avait suivi. La preuve révèle que cet individu a tenté d'empêcher les membres de la bande indienne de Cape Mudge d'utiliser la réserve n° 11, en dépit des efforts déployés par des fonctionnaires du gouvernement fédéral pour le convaincre que la réserve avait été mise de côté pour tous les Indiens. En 1907, il était clair que seuls les membres de la bande indienne de Campbell River occupaient la réserve n° 11 et en étaient les principaux utilisateurs. Dans le but d'essayer de régler cette divergence entre la situation de fait et la preuve documentaire selon laquelle la réserve avait apparemment été mise de côté pour la bande indienne de Cape Mudge, les fonctionnaires du gouvernement fédéral ont organisé une rencontre avec la bande indienne de Cape Mudge, qui a consenti à permettre à la bande indienne de Campbell River de résider sur la réserve n° 11 à la condition seulement que la bande indienne de Cape Mudge conserve le droit de pêcher conjointement dans la rivière avec la bande indienne de Campbell River. Les conditions formelles prévues par la Loi sur les Indiens en matière de cessions n'avaient pas été respectées. Les fonctionnaires fédéraux avaient modifié le répertoire des réserves du ministère en inscrivant, en regard de la description de la réserve n° 11, le nom de Campbell River à l'endroit où figuraient auparavant une paire de guillemets

-2-

Corrections/Remarques

reserves by writing the name of the Campbell River Band through the entry opposite the description of Reserve No. 11 which entry had previously been a set of quotation marks coming underneath other sets of quotation marks which were topped by the name of the Cape Mudge Band. Since Reserve No. 12 was listed immediately following Reserve No. 11 and since the quotation marks remained unaltered opposite the description of Reserve No. 12, the 1914 printing of this departmental record gave the appearance that both Reserves No.'s 11 and 12 were held for the Campbell River Band and not for the Cape Mudge Band, although in the previous printing of this schedule since quote marks had been entered opposite the description of both reserves and underneath the name of the Cape Mudge Band, the previous version of the schedule of reserves had indicated that both Reserves No.'s 11 and 12 were held for the Cape Mudge Band. There appears to be no authority for giving legal effect to the alteration of the schedule of reserves. In other words, the reprinting of the schedule by the Department could not be considered as officially representing a transfer of interests in either reserves from the Cape Mudge Band to the Campbell River Band. However, the 1914 Schedule of Reserves was the document utilized by the McKenna McBride Royal Commission as the factual basis from which it commenced its review of the B.C. Reserves.

The McKenna McBride report organized its findings into three categories. The first category was in relation to those areas which were recommended to be set aside as new; the second category was in relation to those areas which, according to the 1914 schedule, had already been set aside for a particular band but which the commission was recommending be freed of reserve status; the third category being those reserves which had already been set aside for a particular band or bands according to the 1914 schedule and in respect of which the Commission was recommending confirmation of that status. In the report both reserves no. 11 and 12 were placed in the latter category, namely, confirmations, but in reflection of the 1914 schedule the name of the band for both reserves was that of the Campbell River Band. Although there was legislative authority for the McKenna McBride Commission to remove the Indian status from reserve lands, because the information at their disposal apparently led them to believe that the legal status of reserves no.'s 11 and 12 was such that only the Campbell River Band had an interest therein, and because they entered these two reserves in the confirmation part of their report, I had suggested that the record be interpreted so as not to give legal effect to what appeared on the face of the Royal Commission report on the grounds that Indian interest should not, in law, be considered as one which could be taken away inadvertently but could only be taken away, assuming adequate legislative authority, by a conscious act.

Comments/Remarques

inscrits en dessous d'autres paires de guillemets au-dessus desquelles était inscrit le nom bande indienne de Cape Mudge. Comme la réserve n° 12 suivait immédiatement la réserve n° 11 dans la liste et que les guillemets figurant en regard de la description de la réserve n° 12 n'ont pas été modifiés, l'édition de 1914 de ce registre ministériel semblait indiquer que les réserves n°s 11 et 12 étaient détenues pour la bande indienne de Campbell River et non pour la bande indienne de Cape Mudge, malgré le fait que, comme dans l'édition précédente de ce répertoire des guillemets avaient été inscrits en regard de la description des deux réserves et sous le nom bande indienne de Cape Mudge, d'après cette version antérieure du répertoire les réserves n°s 11 et 12 étaient détenues pour la bande indienne de Cape Mudge. Rien ne semble justifier d'accorder quelque effet juridique à la modification du répertoire des réserves. En d'autres mots, la réédition du répertoire par le ministère ne pouvait être considérée comme ayant pour effet de constater officiellement le transfert d'intérêts dans l'une ou l'autre réserve de la bande indienne de Cape Mudge à la bande indienne de Campbell River. Toutefois, le répertoire des réserves de 1914 est le document qui a été utilisé par la Commission royale McKenna McBride comme fondement factuel à partir duquel elle a entrepris son examen des réserves en Colombie-Britannique.

Dans le rapport McKenna McBride, les conclusions sont classées en trois catégories. La première catégorie avait trait aux terres à l'égard desquelles on recommandait une nouvelle mise de côté; la deuxième catégorie avait trait aux terres qui, selon le répertoire de 1914, avaient déjà été mises de côté pour une bande donnée mais à l'égard desquelles la Commission recommandait de retirer le statut de réserves; la troisième catégorie avait trait aux réserves qui avaient déjà été mises de côté pour une ou des bandes données selon le répertoire de 1914 et à l'égard desquelles la Commission recommandait la confirmation de ce statut. Dans le rapport, les réserves n°s 11 et 12 ont été classées dans cette dernière catégorie, à savoir les confirmations, mais, reflétant les données du répertoire de 1914, la bande dont le nom était inscrit pour les deux réserves était la bande indienne de Campbell River. Bien que la Commission McKenna McBride ait possédé le pouvoir de retirer la qualité de terres indiennes aux terres de réserve, du fait que les renseignements dont elle disposait l'avaient apparemment amené à croire que le statut juridique des réserves n°s 11 et 12 était tel que seule la bande indienne de Campbell River avait un intérêt dans celles-ci et du fait qu'elle a inscrit ces deux réserves dans la catégorie des confirmations du rapport, j'ai suggéré que l'on interprète le répertoire de manière à ne pas donner d'effet juridique à ce qui figurait dans le rapport de la Commission royale, sur le fondement que des intérêts indiens ne doivent pas, en droit, être considérés comme des droits qui peuvent être retirés par inadvertance, mais seulement au moyen d'un acte délibéré, à supposer qu'une telle mesure soit autorisée par la loi.

Lors de notre discussion au sujet de cette revendication en octobre 1985, nous avons surtout parlé d'une autre question de droit. Cependant, lorsque nous avons abordé la question de l'effet du rapport de la Commission McKenna McBride sur les réserves n°s 11 et 12, vous avez indiqué qu'une interprétation des termes clairs du rapport McKenna McBride comme celle que j'ai proposée ne devrait pas être soutenue et que le rapport devrait être pris à la lettre, de sorte que seule la bande de Campbell River soit investie légalement d'un droit dans ces deux réserves. Si j'ai bien compris les raisons que vous invoquez au soutien de cette position, ce serait que, si nous commençons à mettre en doute de quelque façon que ce soit certains éléments tels qu'ils figurent au dossier, nous remettrions en question d'autres aspects du rapport McKenna McBride.

-3-

Comments/Remarques

In our discussion of this claim in October 1985, we spent most of the time on another legal issue. However, when we turned to the issue of the effect of the McKenna McBride Commission report vis a vis Reserves No.'s 11 and 12, you indicated that such a qualification of the apparent terms of the McKenna McBride Report, as suggested by me, should not be supported and that a report should be accepted on its face so as to result in the legal vesting of an interest for the Campbell River Band only in these two reserves. My understanding of your reasons for such a position was that if we started to qualify the face of the record in any way, we would call into question other aspects of the McKenna McBride exercise.

The other issue on which we spent most of our time during the October discussion was in relation to the question of the effect of the B.C. Land Act Legislation on the establishment of Reserves during the time of the nineteenth century reserve commissions. In particular, one interpretation of this legislation would have confirmed the necessity of publishing in the B.C. Gazette the decision of the B.C. Government or officials authorized by it to establish reserves for bands before a band could be considered to have a vested interest in such a reserve. We concluded that notwithstanding the basis for such an interpretation, we should maintain the position that at least with respect to the Campbell River and Quinsam Reserves there was no requirement to gazette notices of those reserves before they could be considered to have been established. The legislation in question was somewhat ambiguous and our decision reflected an attempt to support an interpretation which was, of course, reasonably arguable but which also was reflective of the treatment of these reserves during the period preceeding the McKenna McBride report implementation.

I trust this memo meets your request and if you have any further concerns with the analysis I have presented in my various memos I would most appreciate hearing from you. If I can provide you with any further information, recollections or analysis on the matter I would be pleased to do so.



M.T.

-3-

Comments/Remarques

L'autre question à laquelle nous nous sommes attaqués lors de la discussion du mois d'octobre concernait l'effet de la loi de la C.-B. intitulée Land Act sur la création des réserves à l'époque des commissions des réserves au dix-neuvième siècle. En particulier, une des interprétations de cette loi aurait confirmé la nécessité de publier dans la Gazette de la C.-B. la décision du gouvernement de cette province, ou de ses fonctionnaires autorisés, de créer des réserves pour les bandes avant qu'on puisse considérer qu'une bande possède un intérêt dévolu dans une de ces réserves. Nous avons conclu que, quel que soit le fondement de cette interprétation, nous devrions continuer de soutenir, du moins en ce qui concerne les réserves de Campbell River et de Quinsam, qu'il n'existait aucune obligation de publier un avis préalable dans la Gazette pour que l'on puisse considérer qu'elles avaient été créées. La loi en question était assez ambiguë et notre décision reflétait une tentative de soutenir une interprétation qui, bien sûr, était raisonnablement défendable, mais tenait compte aussi du traitement accordé à ces réserves pendant la période précédant la mise en œuvre du rapport McKenna McBride.

J'espère que la présente note de service répond à vos questions et, si vous avez besoin de plus amples renseignements concernant l'analyse que j'ai exposée dans mes différentes notes de service, j'aimerais beaucoup que vous m'en fassiez part. Si je peux vous communiquer d'autres renseignements, souvenirs ou analyses en rapport avec cette affaire, je me ferai un plaisir de le faire.

M.T.

MEMORANDUM NO. 9

Department of Justice Ministère de la Justice
Canada Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification — Cote de sécurité

File number — numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

February 25, 1986

TO/A: Ian Binnie
Associate Deputy Minister, Dept. of Justice

FROM/DE: Mary Temple
Legal Counsel, Native Claims

SUBJECT/OBJET:

Re: Federal Court Action No. T-2652-85 Roy Anthony
Roberts et al (Campbell River Indian Band) v. Her Majest:
The Queen et al (Cape Mudge Indian Band)

Comments/Remarques

Enclosed herein for your information, in case you have not already received a copy, is a copy of the Statement of Claim filed in this action. As you may recall, we discussed this case when it was still in the ONC claims process and before the Campbell River Band decided to proceed with litigation. I have communicated to Bill Scarth, who has carriage of the action, the wish of the client department that a full defense be filed since such a defense would be consistent with the administrative actions which have been taken in the past by the client department vis a vis these two bands and their reserves and which are still being taken. In other words, the client department has consistently dealt with Reserve No. 12 as if the Cape Mudge Indian Band was the only one with an interest therein. When we discussed the position the Crown should take for the purpose of negotiating a settlement under the claims process, we decided to recommend acceptance of the Campbell River Band's claim for negotiation since to do otherwise would suggest that the implementation of the McKenna McBride Report was ineffective to vest Reserve No. 12 in the Campbell River Indian Band. At the time, this position was understood to be justified since although both on legal issues and factual issues the claim was debatable, there seem to be sufficiently reasonable arguments to support it so as to justify settlement, at least on a pro-rated basis, especially since it would presumably have involved a surrender by the Campbell River Band and therefore a clarification of the interest of the Cape Mudge Band in the Reserve.

I would just like to note for your information that a full defense of the action by the Crown might involve the Crown in arguing some qualification or interpretation of the implementation of the McKenna McBride Report which was a position which in our discussions respecting negotiation of the claim you advised against. It seemed to Bob Green and I and to

NOTE DE SERVICE N^o 9

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: Ian Binnie
Sous-ministre adjoint, ministère de la Justice

FROM/DE: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendication des Autochtones

SUBJECT/OBJET: Action en Cour fédérale no T-2652-85, Roy Anthony Roberts et autres
(bande indienne de Campbell River) c. Sa Majesté la Reine et autres
(bande indienne de Cape Mudge)

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 25 février 1986

Comments/Remarques

Au cas où vous ne l'auriez pas déjà reçue, vous trouverez ci-joint, à titre d'information, une copie de la déclaration qui a été déposée dans le cadre de la présente action. Vous vous rappellerez que nous avons discuté de ce dossier pendant que celui-ci suivait encore son cours dans le processus du Bureau des revendications des Autochtones et avant que la bande de Campbell River n'ait décidé de s'adresser aux tribunaux. J'ai fait part à Bill Scarth, qui est chargé de la direction de l'action, du souhait exprimé par le ministère client qu'une défense complète soit déposée, car une telle démarche serait compatible avec les mesures administratives prises dans le passé à l'égard de ces deux bandes et de leurs réserves, et de celles qu'il continue de prendre. En d'autres mots, le ministère client a toujours considéré que seule la bande indienne de Cape Mudge avait un intérêt dans la réserve n^o 12. Lorsque nous avons discuté de la position que la Couronne devrait adopter durant la négociation d'un règlement en vertu du processus de règlement des revendications, nous avons décidé de recommander d'accepter la revendication de la bande de Campbell River aux fins de négociation, car agir autrement laisserait entendre que la mise en œuvre du rapport McKenna McBride n'avait pas eu pour effet d'attribuer la réserve n^o 12 à la bande indienne de Campbell River. Par ailleurs, cette position était considérée comme bien fondée parce que, même si la revendication était discutable, tant en droit qu'en fait, elle semblait étayée par suffisamment d'arguments raisonnables pour justifier un règlement, du moins au prorata, d'autant plus qu'elle aurait probablement nécessité une cession par la bande de Campbell River et, par conséquent, une clarification de l'intérêt de la bande de Cape Mudge dans la réserve.

Je tiens également à vous signaler, à titre d'information, que la présentation par la Couronne d'une défense complète pourrait amener cette dernière à faire une certaine atténuation ou interprétation de l'application du rapport McKenna McBride, position que vous avez déconseillée lors de nos discussions concernant les négociations. Il

-2-

Col: 11s/Remarques

the Departmental officials that such a defense in the context of this court action was, nevertheless, justified.

If you have any further concerns in respect of these decisions we would most appreciate hearing from you.



M.T.

Encl.

cc: B. Scarth

Comments/Remarques

-2-

nous a semblé, à Bob Green, à moi, ainsi qu'aux fonctionnaires du ministère que, dans le contexte de la présente action, cette défense était néanmoins justifiée.

Si vous avez quelque réserve à l'égard des ces décisions, nous vous saurions gré de nous en faire part.

M. T.

Pj.

c.c. : B. Scarth

MEMORANDUM NO. 10

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

TO/A: . Carth
Legal Counsel

FROM/DE: Mary Temple
Legal Counsel, Native Claims

SUBJECT/OBJET:

Re: Federal Court Action No. T-2652-85 Roy Anthony
Roberts et al (Campbell River Indian Band) v. Her
Majesty The Queen et al (Cape Mudge Indian Band)

Comments/Remarques

I have been instructed by Janice Zaharko, Director, Legal Liaison and Support for DINA and Bob Goudie, Director, Native Claims for DINA, to request that you file a full statement of defense in this action. In particular, the statement of defense should deny that the Crown wrongly or improperly permitted the Cape Mudge Indian Band to occupy Reserve No. 12 since the position of the Department has been, since the latter part of the 19th century, that the Cape Mudge Indian Band had the right to occupy and use Reserve No. 12. Although this position may appear to be contradictory to the intention of Departmental officials to recommend negotiation for settlement of the claim by the Campbell River Indian Band, the position of officials in respect of that claim when it was in the claims process (before litigation commenced) was based on the recognition that both the factual and legal issues in this case were debatable and that since there seem to be a reasonable ground to support the Campbell River Band position, settlement on at least a pro-rated basis, particularly if it resulted in surrender so as to clarify the right of the Cape Mudge Band to Reserve No. 12, was justified. However, in the context of litigation, the debatability of the arguments in support of the Campbell River Band Claim do not seem to justify the Crown failing to put in a defense which supports the administrative action taken by its officials vis a vis the Cape Mudge Indian Band.

Since such a defense might result in legal arguments which involve "going behind" the face of the McKenna McBride decisions as implemented by the legislation and Orders in Council, these instructions are being communicated to Ian Binnie because when the Government position respecting the claim was initially discussed with him, he advised that, at least, in the claims process we should not challenge the McKenna McBride report itself.

Security Classification — Cote de sécurité
File number — numéro de dossier
Date
February 25, 1986

RECEIVED
MAR 4 1986

DEPARTMENT OF JUSTICE
VANCOUVER, B.C.

NOTE DE SERVICE N° 10

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**TO/À: Bill Scarth
Conseiller juridiqueFROM/DE: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendication des Autochtones

SUBJECT/OBJET: Action en Cour fédérale no T-2652-85, Roy Anthony Roberts et autres (bande indienne de Campbell River) c. Sa Majesté la Reine et autres (bande indienne de Cape Mudge)

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 25 février 1986

Comments/Remarques

J'ai reçu instruction de Janice Zaharko, directrice, liaison et soutien juridique, MAIN et Bob Goudie, directeur, Revendication des Autochtones, MAIN, de vous demander de déposer une défense complète dans l'action mentionnée en rubrique. La défense devrait notamment nier que le ministère public aurait, à tort ou irrégulièrement, autorisé la bande indienne de Cape Mudge à occuper la réserve n° 12, étant donné que le ministère a comme position, depuis la fin du 19^e siècle, que c'était la bande indienne de Cape Mudge qui avait le droit d'occuper et d'utiliser la réserve n° 12. Bien que cette position puisse paraître incompatible avec l'intention des fonctionnaires du ministère de recommander la négociation d'un règlement de la revendication présentée par la bande indienne de Campbell River, la position des fonctionnaires quant à cette revendication, lorsqu'elle était à l'étape du règlement des revendications (avant le dépôt de l'action), était fondée sur la reconnaissance que tant les questions de fait que les questions de droit soulevées par la présente affaire étaient discutables et que comme la position de la bande indienne de Campbell River semble avoir un fondement raisonnable, un règlement, au moins au prorata, particulièrement s'il en résultait une cession visant à clarifier le droit de la bande indienne de Cape Mudge à l'égard de la réserve n° 12, était justifié. Toutefois, dans le contexte de l'action en justice, le caractère discutable des arguments à l'appui de la revendication de la bande indienne de Campbell River ne semble pas justifier que la Couronne s'abstienne de présenter une défense appuyant les mesures administratives prises par les fonctionnaires à l'égard de la bande indienne de Cape Mudge.

Puisqu'une telle défense pourrait amener la présentation d'arguments juridiques impliquant le « réexamen » des décisions de la Commission McKenna McBride mises en œuvre par la législation et les décrets, les présentes directives sont transmises à Ian Binnie parce que, lorsque nous avons initialement discuté avec lui de la position du gouvernement à l'égard de la revendication, il a conseillé de ne pas contester le rapport McKenna McBride lui-même, du moins pas pendant le processus des revendications.

-2-

Comments/Remarques

These instructions are in accordance with advice from this legal service since it seemed to us that not only was it supportive of past departmental action (and of current dealings with the two reserves) but also because it seems there are good arguments to support a defense of the positions taken by the plaintiff in the Statement of Claim.

If I or any one else in Ottawa can be of further assistance to you in respect of the development of the Statement of Claim or in any other matter touching on this action, please do not hesitate to contact us.

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'M.T.' with a stylized flourish.

M.T.

cc: J. Zaharko
P. Goudie

-2-

Comments/Remarques

Ces instructions sont conformes aux conseils formulés par notre contentieux, puisqu'il nous semble non seulement qu'elles appuient les actions passées du ministère (et ses rapports actuels avec les deux réserves), mais également qu'il y a de solides arguments à opposer, en défense, aux positions avancées par la partie demanderesse dans la déclaration.

Si moi-même ou quelqu'un d'autre à Ottawa pouvons vous aider davantage relativement à la préparation de la défense ou à toute autre question ayant trait à la présente action, n'hésitez pas à communiquer avec nous.

M.T.

c.c. : J. Zaharko
P. Goudie

MEMORANDUM NO. 11

Canada

Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Carol Pepper
Legal Counsel, Specific Claims Branch

TO/A: Vancouver

FROM/DE: Mary Temple
Legal Counsel, Native Claims

SUBJECT/OBJET: Recent Legal Opinions

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

February 27, 1986

Comments/Remarques In response to your request of February 13, 1986 I have culled from my Campbell River Claim file (Quinsam Reserve No. 12) a number of opinions which I enclose. As you can see the opinions fall into two categories. Those which I have bundled together and marked package #1 relate to the specific issue of the necessity for gazetting notices of Indian Reserves in order to properly establish them during the latter part of the 19th century. The second, which I have bundled and marked package #2, relate to the other issues which were raised in the Campbell River claim. Please note that my March 8 memo to the ONC Office was merely my preliminary position and following my subsequent meeting with the band lawyer and further consultations in Ottawa I reversed my position on several issues which I will note below.

1. With respect to paragraph 4 on page 6 of my March 8 memo I eventually did take the position that the McKenna McBride exercise had the effect of changing the band which had an interest in the reserve, assuming that any band had been vested with an interest in a reserve before McKenna McBride dealt with it.
2. With respect to the middle paragraph on page 8 of my March 8 memo, in my reference to the implementation of the Ditchburn and Clark alterations, I subsequently changed my opinion so as to accept the position that the 1924 Order in Council does give effect to confirmations as specified by McKenna McBride although it gives effect only to the alterations of Ditchburn and Clark which touch on new reserves or cut-offs from reserves. Although I eventually reflected Ian Binnie's preferred position (to not "go behind" the McKenna McBride Report, I think it is nevertheless reasonably arguable that even if the McKenna McBride Report as given effect eventually by the 1924 Order in Council, among other Acts, can be said in general to have established new reserves, altered existing reserves and confirmed various other existing reserves, (or established new reserves by means of "confirmation" if for some reason it appears the "existing" reserve was not in fact validly established?) in the case of one such as Campbell River where they

NOTE DE SERVICE N^o 11

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

1.45.4.2071

Date

Le 27 février 1986

TO/À: Carol Pepper
Conseillère juridique, Direction des revendications particulières
Vancouver

FROM/DE: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendication des Autochtones

SUBJECT/OBJET: Avis juridiques récents

Comments/Remarques

En réponse à votre demande du 13 février 1986, j'ai extrait de mon dossier sur la revendication de la bande indienne de Campbell River (réserve Quinsam n^o 12) un certain nombre d'avis que j'ai inclus à la présente note. Comme vous pouvez le constater, ces avis se classent en deux catégories. Ceux que j'ai regroupés et désignés liasse n^o 1 portent sur la question précise de la nécessité, à la fin du 19^e siècle, de publier dans la Gazette des avis pour établir légalement les réserves indiennes. La deuxième catégorie d'avis que j'ai réunis et désignés liasse n^o 2 ont trait aux autres questions qui ont été soulevées dans le cadre de la revendication de la bande indienne de Campbell River. Veuillez noter que ma note de service du 8 mars au Bureau des revendications des Autochtones n'était que ma position préliminaire et que, à la suite d'une rencontre ultérieure avec l'avocat de la bande et d'autres consultations à Ottawa, j'ai modifié ma position sur plusieurs points, comme je le précise ci-dessous.

1. En ce qui concerne le paragraphe 4 à la page 6 de ma note de service du 8 mars, j'ai en fin de compte arrêté l'opinion que le rapport McKenna McBride avait eu pour effet d'attribuer à une autre bande l'intérêt dans la réserve, en supposant toujours qu'une bande ait obtenu un tel intérêt avant que McKenna McBride ne tranche la question.
2. En ce qui concerne le paragraphe figurant au milieu de la page 8 de ma note du 8 mars, dans la mention que je fais de la mise en œuvre des modifications apportées par Ditchburn et Clark, j'ai subséquemment changé d'avis et souscrit à la position selon laquelle le décret de 1924 donne effet aux confirmations précisées par McKenna McBride, bien qu'il donne effet uniquement aux modifications apportées par Ditchburn et Clark qui concernent de nouvelles réserves ou des terres retranchées à des réserves existantes. Bien que j'aie en bout de ligne adopté la position préconisée par Ian Binnie (à savoir de ne pas « aller au-delà de la lettre » du rapport McKenna McBride), j'estime qu'on peut néanmoins raisonnablement prétendre que, même si le rapport McKenna McBride, tel que lui a finalement donné effet le décret de 1924, entre autres textes de loi, peut de façon générale être considéré comme ayant eu pour effet d'établir de nouvelles réserves, de modifier des réserves existantes et de confirmer diverses autres réserves existantes (ou d'établir de nouvelles réserves par voie de « confirmation » si, pour une raison quelconque, il semble que la réserve « existante » n'avait pas dans les faits été valablement établie?), dans le cas d'une réserve comme celle de Campbell River, où la confirmation reposait

Comments/Remarques

-2-

base their confirmation on a faulty piece of information since they through the language that they used intended only to maintain the status quo, their stated disposition of the reserve to a band other than the one in which it had been originally vested cannot be considered to take effect since to do so would result in an unintentional dissolution of the Indian interest.

3. On page 9 of my March 8 memo I state a position respecting the 1938 Order in Council on which I was persuaded to shift so that although it was eventually not necessary to communicate this in later memos I was persuaded that the 1938 Order in Council could have the effect of vesting areas anew for specific bands but because of the surrender provisions of the Federal Indian Act, it did not appear to me to be arguable that such a provincial order in council could alter any existing band interests in reserves.

With respect to my April 26, 1985 memo to ONC please note also that subsequent to this memo I did provide an opinion indicating the different position respecting the scope of the implementation of the McKenna McBride report, as amended by the Ditchburn and Clark changes.

I trust this documentation may be at least of interest to you and hopefully of some assistance in your current files.



M.T.

-2-

Comments/Remarques

sur des renseignements erronés, étant donné que les auteurs, par le langage qu'ils ont utilisé, entendaient seulement maintenir le statu quo, l'aliénation qu'ils disaient faire de la réserve en faveur d'une bande autre que celle à laquelle elle avait été attribuée à l'origine ne saurait être considérée comme produisant ses effets, car il en résulterait une extinction involontaire de l'intérêt des Indiens dans la réserve.

3. À la page 9 de ma note du 8 mars, j'énonce, concernant le décret de 1938, une position à laquelle on m'a convaincue de me rallier, de sorte que, bien qu'il n'ait pas été nécessaire en bout de ligne d'en faire part dans mes notes de service ultérieures, le décret de 1938 pouvait, j'en étais persuadée, avoir pour effet d'attribuer à nouveau des secteurs à des bandes données, mais compte tenu des dispositions de la Loi fédérale sur les indiens en matière de cessions, il ne me semblait pas possible de prétendre qu'un tel décret provincial puisse modifier quelque intérêt existant des bandes dans les réserves.

En ce qui concerne ma note de service du 26 avril 1985 au Bureau des revendications des Autochtones, veuillez noter également que, postérieurement à cette note de service, j'ai effectivement produit un avis exposant la position différente concernant la portée de la mise en œuvre du rapport McKenna McBride, tel qu'il avait été modifié par les changements apportés par Ditchburn et Clark.

J'espère que ces documents sauront à tout le moins vous intéresser sinon peut-être même vous être utiles dans vos dossiers actuels.

M.T.

MEMORANDUM NO. 12

Canada

Ministère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité
File number - numéro de dossier
Date March 3, 1986

TO/À: W.I.C. Binnie, Q.C.
Associate Deputy Minister

FROM/DE: W. B. Scarth
Vancouver Regional Office

SUBJECT/OBJET: Roberts et al v. Her Majesty
the Queen et al

Comments/Remarques

Enclosed is copy of the Defence filed on behalf of the Crown on February 28, 1986.

I think this reflects the positions of both Justice and Indian Affairs. Necessarily, because I have not been told whether the Cape Mudge Band intends suing the Crown, the defence lacks some specificity and may require amendment at a later time. In any event I have attempted not to repudiate the McKenna-McBride Commission report.

W.B.S.

WBS/dg

NOTE DE SERVICE N^o 12

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: W.I.C. Binnie, c.r.
Sous-ministre adjoint

FROM/DE: W. B. Scarth
Bureau régional de Vancouver

SUBJECT/OBJET: Roberts et autres c. Sa Majesté la Reine et autres

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 3 mars 1986

Comments/Remarques

Vous trouverez ci-joint copie de la défense produite au nom de la Couronne le 28 février 1986.

Je crois qu'elle reflète les positions du ministère de la Justice et du ministère des Affaires indiennes. Comme on ne m'a pas dit si la bande indienne de Cape Mudge entendait poursuivre la Couronne, il va de soi que la défense n'est pas très précise et pourrait devoir être modifiée ultérieurement. Quoi qu'il en soit, j'ai tenté de ne pas répudier le rapport de la Commission McKenna-McBride.

W.B.S.

WBS/dg

MEMORANDUM NO. 13

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification — Cote de sécurité
File number — numéro de dossier
Date March 5, 1986

TO/A: Mary Temple
Legal Counsel, Native Claims

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Federal Court Action No. T-2652-85
Roy Anthony Roberts et al. (Campbell River
Indian Band) v. Her Majesty the Queen et al
(CAPE MUDGE INDIAN BAND)

Comments/Remarques

Thank you for your memorandum dated February 25, 1986 together with a copy of the Statement of Claim which was filed in the Federal Court of Canada on December 2, 1985 with respect to the above noted matter. With respect to the treatment of the McKenna McBride Report, I suggest that we all await the advice of Bill Scarth as to how this aspect of our possible defence should be dealt with. So far as I am concerned Bill Scarth is in charge of the file. I am sure he will take note of the view expressed by you and Bob Green and "departmental officials" that it would be appropriate in the Crown's defence to argue some qualification or interpretation of the implementation of the McKenna McBride Report.

I look forward to hearing Bill Scarth's views on this aspect of the matter in due course. We will then decide what to do.

Ian Binnie
rg

✓ CC: Bill Scarth, Q.C.
Dogan Akman (with enclosures)

RECEIVED
MAR - 6 1986

DEPARTMENT OF JUSTICE
VANCOUVER, B.C.

NOTE DE SERVICE N^o 13

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date
Le 5 mars 1986

TO/À: Mary Temple
Conseillère juridique, Revendications des Autochtones

FROM/DE: Ian Binnie

SUBJECT/OBJET: Action en Cour fédérale no T-2652-85, Roy Anthony Roberts et autres
(bande indienne de Campbell River) c. Sa Majesté la Reine et autres
(bande indienne de Cape Mudge)

Comments/Remarques

Je vous remercie de votre note de service du 25 février 1986 et de la copie de la déclaration qui a été déposée en Cour fédérale du Canada le 2 décembre 1985 dans l'affaire susmentionnée. Pour ce qui est du traitement qu'il faut réserver au rapport McKenna McBride, je suggère d'attendre l'avis de Bill Scarth sur la façon dont cet aspect de notre éventuelle défense devrait être abordé. En ce qui me concerne, c'est Bill Scarth qui est responsable du dossier. Je suis certain qu'il tiendra compte de l'opinion que vous, Bob Green et les « fonctionnaires du ministère » avez formulée et selon laquelle il conviendrait que la Couronne invoque en défense une certaine atténuation ou interprétation de la mise en œuvre du rapport McKenna McBride.

J'attends que Bill Scarth me fasse part, en temps et lieu, de son opinion sur cet aspect de l'affaire. Nous déciderons alors de ce qu'il faut faire.

Ian Binnie
rg

c.c. : Bill Scarth, c.r.
Dogan Akman (avec pièces jointes)

MEMORANDUM NO. 14

Department of Justice Ministère de la Justice
Canada Canada

MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE

Security Classification - Cote de sécurité
File number - numéro de dossier
Date February 3, 1988

TO/À: E.A. Bowie, Q.C.
 Assistant Deputy Attorney General

FROM/DE: W. B. Scarth
 Vancouver Regional Office

SUBJECT/OBJET: Roy Anthony Roberts et al
 v. Her Majesty the Queen et al

Comments/Remarques

During our meeting in Vancouver last week (January 29th) I undertook to write you with respect to an issue which arises in the above captioned case and which, in my view, should be considered in the context of not only this case but also of the claims based on aboriginal rights being made in British Columbia.

Shortly put, it is fundamental to our defence in Roberts that the two reserves in question be determined by the Court to have been allotted to the Cape Mudge Band prior to 1900. On the other hand, the interests of the Crown in the Gitksan Carrier and Pasco actions would no doubt be better served by a ruling that reserves in British Columbia were not created until at least 1930 because there will then be available a stronger argument that provincial legislation has effectively extinguished certain aboriginal rights insofar as reserve lands are concerned.

To the above I would add that our position has, in previous cases, been that reserves were established in or before 1887, notwithstanding the lands were not conveyed to Canada by British Columbia until 1930. The Province, on the other hand, has traditionally taken the position that the lands did not become "lands reserved for the Indians" until 1938. (See Moses et al v. The Queen et al [1977] 4 W.W.R. 474, at p. 477; Dunstan et al v. Hell's Gate Enterprises Ltd. et al (1985) 22 D.L.R. (4th) 568, at pp. 597-8.)

Insofar as the Roberts case is concerned, the significance of arguing that the two reserves were allotted to the Cape Mudge Band prior to 1900 may be seen from the following summary:

NOTE DE SERVICE N^o 14

[TRADUCTION]

Department of Justice
CanadaMinistère de la Justice
Canada**MEMORANDUM/NOTE DE SERVICE**

TO/À: E.A. Bowie, c.r.
Sous-procureur général adjoint

FROM/DE: W.B. Scarth
Bureau régional de Vancouver

SUBJECT/OBJET: Roy Anthony Roberts et autres c. Sa Majesté la Reine et autres

Security Classification - Cote de sécurité

File number - numéro de dossier

Date

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

Lors de notre réunion à Vancouver, la semaine dernière (le 29 janvier), j'ai promis de vous écrire concernant une question qui est soulevée dans l'affaire mentionnée en rubrique et qui, à mon avis, doit être examinée non seulement dans le contexte de ce dossier mais également dans celui des revendications fondées sur les droits ancestraux qui sont présentées en Colombie-Britannique.

Bref, il est essentiel pour notre défense dans l'affaire Roberts que le tribunal juge que les deux réserves en question ont été attribuées à la bande indienne de Cape Mudge avant 1900. En revanche, les intérêts de la Couronne dans les affaires Gitksan Carrier et Pasco seraient assurément mieux servis par une décision statuant que, en Colombie-Britannique, les réserves n'ont pas été créées avant 1930 au moins, parce que l'on disposerait alors d'un argument encore plus solide portant que les dispositions législatives provinciales ont effectivement éteint certains droits ancestraux, du moins en ce qui concerne les terres de réserve.

J'ajouterais à ce que précède que, dans des affaires antérieures, nous avons plaidé que les réserves ont été créées en 1887 ou avant, malgré le fait que la Colombie-Britannique n'ait pas transféré les terres au fédéral avant 1930. Pour sa part, la province a toujours prétendu que les terres ne sont pas devenues des « terres réservées pour les Indiens » avant 1938 (voir Moses et al. c. The Queen et al. [1977] 4 W.W.R. 474, p. 477; Dunstan et al. c. Hell's Gate Enterprises Ltd. et al. (1985) 22 D.L.R. (4th) 568, p. 597-598.)

Pour ce qui concerne l'affaire Roberts, le résumé suivant indique bien en quoi il est important de plaider que les deux réserves ont été attribuées à la bande indienne de Cape Mudge avant 1900 :

E. A. Bowie, Q.C.

-2-

3rd February 1988

Comments/Remarques

A. The Claim

1. The Campbell River Indian Band has sued the Cape Mudge Indian Band and Federal Crown in the Federal Court for, amongst other things, declarations that Reserves Nos. 11 and 12 have at all times been set aside for the exclusive use and benefit of the Campbell River Indian Band. That Band presently occupies, and since prior to the turn of the century, has occupied, Reserve No. 11; members of the Cape Mudge Band presently occupy, and at all times have occupied, Reserve No. 12. In its defence the Cape Mudge Band claims an entitlement to occupy both reserves. The Crown's position, as pleaded, is that members of the Campbell River Band are, and since about 1907, have been, in lawful occupation of and entitled to the use and benefit of Reserve No. 11, and that members of the Cape Mudge Band are and at all times material have been in lawful occupation of and entitled to the use and benefit of Reserve No. 12.

B. Historical Background

1. In 1879, Gilbert Malcolm Sproat, a Commissioner appointed to settle the Indian land question in British Columbia, allotted reserves to the Laich-kwil-tach Tribe, of which the Campbell River and Cape Mudge Bands are members. Apparently his allotments were not approved, as required by the Orders-in-Council appointing him, by the B.C. Chief Commissioner of Lands and Works.
2. In October, 1886, Peter O'Reilly, then B.C. Reserve Commissioner, set aside a number of reserves for the Laich-kwil-tach Tribe. He was able to set aside one reserve (No. 10 not in issue) for Cape Mudge, but was unable to define the boundaries of Nos. 11 and 12 owing to the absence from the area of the Indians.
3. Then, in 1888, Ashdown H. Green, Chief Surveyor of the Reserve Commission, was appointed by the Federal Government (P.C. dated May 29, 1888), upon the request of the Provincial Government, "to determine the

E. A. Bowie, cr.

-2-

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

A. La demande

1. La bande indienne de Campbell River poursuit en Cour fédérale la bande indienne de Cape Mudge et la Couronne, sollicitant notamment des déclarations portant que les réserves n^{os} 11 et 12 ont en tout temps été mises de côté pour l'usage et le profit exclusifs de la bande indienne de Campbell River. C'est cette bande qui occupe présentement et qui occupait, avant même le tournant du siècle, la réserve n^o 11; les membres de la bande indienne de Cape Mudge occupent présentement et ont toujours occupé la réserve n^o 12. Dans sa défense, la bande indienne de Cape Mudge fait valoir son droit d'occuper les deux réserves. La position de la Couronne, telle qu'elle a été formulée, est la suivante : les membres de la bande indienne de Campbell River occupent légitimement la réserve n^o 11, et ce depuis 1907 environ, et ils ont le droit de s'en servir pour leur usage et leur profit; les membres de la bande indienne de Cape Mudge occupent et ont occupé légitimement la réserve n^o 12 à tout moment pertinent et ils ont le droit de s'en servir pour leur usage et leur profit.

B. Le contexte historique

1. En 1879, Gilbert Malcolm Sproat, commissaire nommé pour régler la question des terres indiennes en Colombie-Britannique, a attribué des réserves à la tribu des Laich-kwil-tach à laquelle appartiennent les bandes indiennes de Campbell River et de Cape Mudge. Apparemment, les décisions de Sproat attribuant ces réserves n'avaient pas, comme l'exigeaient les décrets l'ayant nommé à sa charge, été approuvées par le Commissaire en chef des terres et des travaux publics de la Colombie-Britannique.
2. En octobre 1886, Peter O'Reilly, alors commissaire des réserves de la Colombie-Britannique, a mis de côté un certain nombre de réserves pour la tribu des Laich-kwil-tach. Il a été en mesure de mettre une réserve de côté (la réserve n^o 10 qui n'est pas en litige) pour la bande indienne de Cape Mudge, mais il n'a pu délimiter les réserves n^{os} 11 et 12 étant donné que les Indiens ne se trouvaient pas dans la région.
3. Par la suite, en 1888, Ashdown H. Green, arpenteur en chef de la Commission des réserves indiennes, a été nommé par le gouvernement fédéral (c.p. daté du 29 mai 1888) à la demande du gouvernement provincial « pour déterminer l'étendue et les limites des réserves indiennes à » Campbell River. Dans son rapport, M. Green a transmis pour approbation au Commissaire en chef des terres et des travaux publics, un croquis des réserves telles qu'il les avait délimitées « pour l'usage de la tribu des Laich-kwil-tach » et le procès-verbal de la décision à cet égard. Le croquis illustre les deux réserves et porte le titre suivant :

« Indiens (Eu-cla-taw) Laich-kwil-tach
bande Wewayakai »

E. A. Bowie, Q.C.

-3-

3rd February 1988

Corr. ts/Remarques

extent, and boundaries of the Indian Reserves at" Campbell River. In his Report Mr. Green forwarded to the Chief Commissioner of Lands and Works, for his approval, a sketch and Minute of Decision of the reserves as defined by him, Mr. Green, "for the use of the 'Laich-kwil-Tach' tribe". The sketch outlines both reserves, and is headed by the caption:

"Laich-Kwil-Tach (Eu-cla-taw) Indians
We-way-A-kay Band"

"We-way-A-kay" is a reference to the Cape Mudge Band. In issue is whether Mr. Green was officially allotting these reserves to the Laich-kwil-Tach Tribe and, indeed, whether he was authorized to do so. I am seeking advice from our historical researchers as to whether either reserve was, prior to 1900, in fact allotted to a specific Band. The documents we have, (letters, memoranda, etc.) however, indicate Indian Affairs treated both reserves as being set aside for the use and benefit of the Cape Mudge Band until about 1907 when the Cape Mudge Band, by resolution, 'ceded' Reserve No. 11 to the Campbell River Band.

During our discussion I mentioned the existence of a Proclamation dated December 15, 1876, by which the Governor-in-Council exempted all reserves and Indian lands in British Columbia from the operation of the surrender provisions of the Indian Act. A copy of this Proclamation is enclosed. I am told this Proclamation remained in effect until 1951, at which time the provision of the Indian Act under which it was authorized was repealed.

I am also enclosing the text of the resolution by which the Cape Mudge Band 'ceded' Reserve No. 11 to the Campbell River Band. On the basis that Reserve No. 11 had been allotted to the Cape Mudge Band by Mr. Ashdown Green and that they were lawfully in occupation of and entitled to the use and benefit of that reserve, we will have to argue that the Cape Mudge Band, by virtue of the Proclamation, legally 'surrendered' their rights to Reserve No. 11 to the Campbell

E. A. Bowie, cr.

-3-

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

Le mot « Wewayakai » désigne la bande indienne de Cape Mudge. La question en litige est de savoir si M. Green a officiellement attribué ces réserves à la tribu Laich-kwil-tach et si, effectivement, il était autorisé à le faire. J'ai demandé à nos spécialistes de la recherche historique de me dire si, à leur avis, l'une ou l'autre des réserves a été attribuée à une bande donnée avant 1900. Toutefois, les documents dont nous disposons (lettres, notes de service, etc.) indiquent que les Affaires indiennes ont considéré que les deux réserves avaient été mises de côté pour l'usage et le profit de la bande indienne de Cape Mudge jusque vers 1907, date à laquelle la bande indienne de Cape Mudge a, au moyen d'une résolution, « cédé » la réserve n^o 11 à la bande indienne de Campbell River.

Au cours de notre discussion, j'ai parlé de l'existence d'une proclamation, datée du 15 décembre 1876, par laquelle le gouverneur en conseil a soustrait l'ensemble des réserves et des terres indiennes de la Colombie-Britannique à l'application des dispositions de la Loi sur les Indiens en matière de cessions. Vous trouverez ci-joint copie de cette proclamation. On me dit que cette proclamation est demeurée en vigueur jusqu'en 1951, année où la disposition de la Loi sur les Indiens en vertu de laquelle elle avait été autorisée a été abrogée.

Vous trouverez également ci-joint le texte de la résolution par laquelle la bande indienne de Cape Mudge a cédé la réserve n^o 11 à la bande indienne de Campbell River. Si on suppose que la réserve n^o 11 a été attribuée à la bande indienne de Cape Mudge par M. Ashdown Green et que la bande occupait légalement cette réserve et avait droit à celle-ci pour son usage et son profit, il nous faudra plaider que, du fait de la proclamation, la bande indienne de Cape Mudge a « cédé » légalement ses droits dans la réserve n^o 11 à la bande indienne de Campbell River, tout en conservant, évidemment, le droit d'occuper légalement la réserve n^o 12 qui lui avait été attribuée de la même manière.

E. A. Bowie, Q.C.

-4-

3rd February 1988

Comm. /Remarques

River Band, retaining, of course, the right to be in lawful occupation of Reserve No. 12 which had similarly been allotted to them.

4. Finally, the 1902 Schedule of Indian Reserves appears to have given rise to an error with respect to entitlement to occupy Reserve No. 12. The error arose because a handwritten note was made on the Schedule, presumably following the 'ceding' resolution, indicating the Campbell River Band occupied Reserve No. 11 (which is in fact correct). Existing ditto marks below the handwritten notation were not altered so as to indicate that Cape Mudge continued to occupy No. 12 (as it in fact does).
5. This "error" was recognized but perpetuated in the Report of the McKenna McBride Commission made in 1916 and B.C. Order-in-Council 1036 (passed in 1938) by which reserve lands in British Columbia were conveyed by the Province to Canada. The plaintiffs (Campbell River Band) will undoubtedly argue that the combined effect of the recommendations contained in the Report of the Royal Commission, the legislation and Orders-in-Council pertaining to those recommendations, and the conveyance of the lands to Canada, was to vest the right to occupy both reserves in the plaintiffs. We will have to argue that the Royal Commission merely confirmed the boundaries of these two reserves, but did not allot either reserve to a specific band, that having been done by the reserve Commissioners in the last century and that the effect of the legislation is not to vest in the plaintiffs any right to occupy Reserve No. 12. (I point out, parenthetically, that Ian Binnie, during his time as Associate Deputy Minister, suggested, because of its wider impact, that we not challenge the validity of what was done by the Royal Commission. With respect, I continue to concur with that advice, and suggest it is a question of defining more narrowly what the Commission did, at least insofar as the Reserves in question are concerned.)

E. A. Bowie, cr.

-4-

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

4. Enfin, le répertoire des réserves indiennes de 1902 semble être la source d'une erreur concernant le droit d'occupation de la réserve n° 12. L'erreur s'est produite en raison d'une inscription manuscrite qui avait été faite dans le répertoire, probablement à la suite de la résolution portant « cession », laquelle inscription indiquait que la bande indienne de Campbell River occupait la réserve n° 11 (ce qui est en fait exact). Les guillemets de répétition figurant au-dessous de l'inscription manuscrite n'ont pas été modifiés pour indiquer que la bande indienne de Cape Mudge occupait toujours la réserve n° 12 (comme c'est effectivement le cas).
5. Bien que l'existence de cette « erreur » ait été reconnue, elle a été perpétuée dans le rapport de la Commission McKenna McBride publié en 1916, ainsi que dans le décret 1036 de la Colombie-Britannique (pris en 1938) par lequel la province a transféré au fédéral les terres de réserve situées en Colombie-Britannique. Les demandeurs (la bande indienne de Campbell River) prétendront sans aucun doute que l'effet combiné des recommandations figurant dans le rapport de la Commission royale, des dispositions législatives, des décrets se rapportant à ces recommandations et du transfert des terres en faveur du fédéral a été de leur conférer le droit d'occuper les deux réserves. Nous devons plaider que la Commission royale n'a fait que confirmer les limites de ces deux réserves mais n'en a attribué aucune à une bande donnée — cela ayant été fait par les commissaires des réserves au siècle dernier — et que les dispositions législatives n'ont pas pour effet d'accorder aux demandeurs quelque droit que ce soit d'occuper la réserve n° 12. (Je souligne en passant que, pendant qu'il était sous-ministre adjoint, Ian Binnie a suggéré, en raison de leurs répercussions plus générales, que nous ne contestions pas la validité des travaux de la Commission royale. En toute déférence, je partage toujours cet avis et, selon moi, il s'agit de délimiter plus étroitement ce que la Commission a fait, du moins en ce qui concerne les réserves en question.)

E. A. Bowie, Q.C.

-5-

3rd February 1988

Comments/Remarques

I have discussed the reserve creation issue briefly with Mrs. Koenigsberg, and am scheduled to meet with her again for the purpose of determining the approach she and Mr. Macaulay intend taking in Gitksan Carrier and Pasco. I shall, of course, seek her views as to whether she feels those cases would be seriously prejudiced by the approach I am taking in Roberts.

As we discussed, it would ~~be~~ ~~advisable~~ ~~to~~ ~~have~~ Bob Green's views on the matter. I am sending a copy of this memorandum to him.

In the meantime, I am proceeding to conduct the Crown's defence as outlined above. Short of legislation we probably have no alternative. If you have a contrary view to the above approach please let me know.


W.B.S.

WBS/dg

c.c. R. L. Evans, Q.C.
R. J. Green, Q.C.
I. G. Whitehall, Q.C.

E. A. Bowie, cr.

-5-

Le 3 février 1988

Comments/Remarques

J'ai discuté brièvement de la question de la création des réserves avec M^{me} Koenigsberg et je suis censé la rencontrer à nouveau afin de décider de l'approche qu'elle et M. Macaulay entendent adopter dans Gitksan Carrier et Pasco. Je vais évidemment lui demander si elle estime que mon approche dans Roberts nuirait sérieusement à ces affaires.

Conformément à la discussion que nous avons eue à cet égard, il serait utile que Bob Green nous fasse part de ses opinions sur la question. Je lui envoie une copie de la présente note de service.

Entre-temps, je vais mener la défense de la Couronne de la manière exposée plus haut. À défaut de légiférer, nous n'avons probablement pas d'autre choix. Si vous avez des vues contraires en ce qui concerne l'approche décrite ci-dessus, je vous saurais gré de m'en faire part.

W.B.S.

WBS/dg

c.c. R. L. Evans, c.r.

R. J. Green, c.r.

I. G. Whitehall, c.r.

Motions dismissed.

Solicitors for the appellants Roy Anthony Roberts et al.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants Ralph Dick et al.: McAlpine & Associates, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: Lavery de Billy, Montréal.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

Requêtes rejetées.

Procureurs des appelants Roy Anthony Roberts et autres : Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés/appellants Ralph Dick et autres : McAlpine & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Lavery de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell : Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.