

T-971-06
2007 FC 920

T-971-06
2007 CF 920

Chief Denton George, Ross Allary, Elvis Henry, Audrey Isaac, Gerald Kenny, Petra Belanger and Lila George, on Behalf of the Ochapowace First Nation (Indian Band No. 71) and Chief Murray Ironchild, M. Brenda Kaiswatum, John Rockthunder, William Lavallée, Nelson Watetch, Delbert Kaiswatum, Valerie Ironchild, Jason Wesaquate, Alphonse Obey, Harold Kaiswatum, Wayne Pratt, Dennis Wesaquate and Keith Francis on Behalf of the Piapot First Nation (Indian Band No. 75), being Member First Nations of the Qu'Appelle Valley Indian Development Authority (QVIDA) (Applicants)

v.

The Attorney General of Canada and The Royal Canadian Mounted Police (Respondents)

INDEXED AS: OCHAPOWACE FIRST NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

Federal Court, de Montigny J.—Regina, May 15 and 16; Ottawa, September 14, 2007.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Judicial review of decision by Royal Canadian Mounted Police (RCMP) not to lay trespass, other charges against Prairie Farm Rehabilitation Administration (PFRA), Saskatchewan Watershed Authority (SWA) in relation to activities on, affecting First Nations' reserve lands — When PFRA built dams, water control structures in Qu'Appelle Valley, southern Saskatchewan, encroaching on, damaging First Nations reserve lands — After applicants passed by-laws creating offences of trespass for interference with use of reserve land, alleging PFRA, SWA activities contravening by-laws, Criminal Code — (1) Police, prosecutorial discretion constituting cornerstone of criminal justice system — To avoid blurring line between executive, judicial functions, paralysing administration of the criminal law, courts loath to intervene except in exceptional circumstances — Police decision to lay charge not strictly within core elements of prosecutorial discretion, but should still be free from judicial interference — Discretion enjoyed by Crown, police in enforcement of criminal law not absolute — Courts should review exercise of police or prosecutorial discretion only when flagrant impropriety.

Le chef Denton George, Ross Allary, Elvis Henry, Audrey Isaac, Gerald Kenny, Petra Belanger et Lila George, au nom de la Première nation d'Ochapowace (Bande indienne n° 71) et le chef Murray Ironchild, M. Brenda Kaiswatum, John Rockthunder, William Lavallée, Nelson Watetch, Delbert Kaiswatum, Valerie Ironchild, Jason Wesaquate, Alphonse Obey, Harold Kaiswatum, Wayne Pratt, Dennis Wesaquate et Keith Francis au nom de la Première nation de Piapot (Bande indienne n° 75), lesdites Premières nations étant membres de la Qu'Appelle Valley Indian Development Authority (la QVIDA) (demandeurs)

c.

Le Procureur général du Canada et la Gendarmerie royale du Canada (défendeurs)

RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION D'OCHAPOWACE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Cour fédérale, le juge de Montigny—Regina, 15 et 16 mai; Ottawa, 14 septembre 2007.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Contrôle judiciaire de la décision de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) de ne pas déposer d'accusations, notamment d'intrusion illicite, contre l'Administration du rétablissement agricole des Prairies (l'ARAP) et contre la Saskatchewan Watershed Authority (la SWA) pour les activités préjudiciables qu'elles mènent sur les terres de réserve des Premières nations — L'ARAP a construit des barrages et des structures de régularisation des eaux dans la vallée Qu'Appelle, au sud de la Saskatchewan, ce qui a entraîné l'empiètement des eaux sur plusieurs terres de réserve des Premières nations et causé des dommages à ces terres — Après avoir adopté des règlements administratifs établissant des infractions d'intrusion illicite pour entrave à l'utilisation des terres de réserve, les demandeurs ont affirmé que les activités de l'ARAP et de la SWA étaient contraires auxdits règlements et au Code criminel — 1) Le pouvoir discrétionnaire de la police et du ministère public d'intenter des poursuites constitue l'une des pierres angulaires de notre système de justice criminelle — De peur de paraître vouloir brouiller la ligne de démarcation entre pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire, ce qui risquerait de conduire à la paralysie complète de l'administration de la justice pénale, les tribunaux répuent à intervenir, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles — Bien qu'elle n'entre pas, à strictement

Federal Court Jurisdiction — Federal Court not having jurisdiction under Federal Courts Act, s. 18.1 to entertain application for judicial review of RCMP's decision not to lay trespass, other charges in relation to activities on, affecting reserve lands — Police officers conducting criminal investigations independent from Crown — Decision to initiate criminal investigation not decision by "federal board, commission or other tribunal" — Application dismissed.

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Impact of Treaty, Aboriginal rights on police discretion — Judicial review of decision by Royal Canadian Mounted Police not to lay trespass, other charges against Prairie Farm Rehabilitation Administration (PFRA), Saskatchewan Watershed Authority (SWA) in relation to activities on, affecting First Nations' reserve lands — RCMP not disregarding applicants' Aboriginal rights, treaty rights — No authority for established, potential treaty right of First Nations to assistance from RCMP — RCMP not owing First Nations any fiduciary duty — Crown's fiduciary duty to act in best interests of First Nations people not extending to RCMP since RCMP not organ of Crown — Public law duties not typically giving rise to fiduciary relationship — No bias against applicants or systemic discrimination in treatment of First Nations' allegations of unlawful conduct.

This was an application for judicial review of the decision by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) decision not to lay trespass or other charges against the Prairie Farm Rehabilitation Administration (PFRA) and the Saskatchewan Watershed Authority (SWA) in relation to their activities on and affecting the First Nations' reserve lands. After the Piapot, Chacachas and Kakisiwew bands signed Treaty No. 4 in 1874, reserves were created in the Qu'Appelle Valley in southern Saskatchewan. The PFRA, which is a branch of Agriculture and Agri-Food Canada, was developed as a result of the severe drought that plagued the Prairie provinces during the 1930s. Its programs

parler, dans les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire de poursuite, la décision de la police de déposer des accusations doit quand même être à l'abri de toute ingérence judiciaire — Le pouvoir discrétionnaire exercé par la Couronne et par la police dans la mise en application du droit criminel n'est pas absolu — S'agissant de ce pouvoir discrétionnaire, les tribunaux ne devraient intervenir que dans les cas d'irrégularité flagrante.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale n'avait pas compétence, aux termes de l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales, pour instruire la demande de contrôle judiciaire de la décision de la GRC de ne pas déposer d'accusations, notamment d'intrusion illicite, pour les activités préjudiciables menées sur les terres de réserve — Les agents de police sont indépendants de la Couronne lorsqu'ils mènent des enquêtes criminelles — La décision d'entreprendre une enquête criminelle n'est pas une décision d'un « office fédéral » — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Incidence de droits ancestraux ou issus de traités sur le pouvoir discrétionnaire de la police — Contrôle judiciaire de la décision de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) de ne pas déposer d'accusations, notamment d'intrusion illicite, contre l'Administration du rétablissement agricole des Prairies (l'ARAP) et contre la Saskatchewan Watershed Authority (la SWA) pour les activités préjudiciables qu'elles ont menées sur les terres de réserve des Premières nations — La GRC n'a pas omis de tenir compte des droits ancestraux et des droits issus de traités des demandeurs — Il n'existe aucun texte ni aucun précédent permettant d'affirmer que les Premières nations ont un droit établi, voire potentiel, à une aide de la GRC — La GRC n'a aucune obligation fiduciaire envers les Premières nations — L'obligation fiduciaire établie à laquelle la Couronne est soumise envers les Premières nations d'agir dans leur intérêt ne s'étend pas à la GRC puisque la GRC n'est pas un organe de la Couronne — Les obligations de droit public ne créent normalement aucun rapport fiduciaire — Il n'y a aucune preuve de partialité envers les demandeurs, ni même de discrimination systémique dans la manière dont les accusations de conduite illégale faites par les Premières nations ont été traitées.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) de ne pas déposer d'accusations, notamment d'intrusion illicite, contre l'Administration du rétablissement agricole des Prairies (l'ARAP) et contre la Saskatchewan Watershed Authority (la SWA) pour les activités préjudiciables qu'elles mènent sur les terres de réserve des Premières nations. Les bandes de Piapot, de Chacachas et de Kakisiwew ont signé le Traité n° 4 en 1874, puis des réserves ont été constituées dans la vallée Qu'Appelle, dans la région sud de la Saskatchewan. L'ARAP, une direction générale d'Agriculture et Agroalimentaire Canada, a été établie

focus on ensuring the sustainable use of the Prairie's soil and water resources. The SWA was established by the Saskatchewan government in 2002 to assist provincial water management and is responsible for the allocation of ground and surface water inventory and the administration and control of all provincial water infrastructures. In the 1940s, the PFRA built dams and water control structures in the southern Saskatchewan Qu'Appelle Valley. The construction of these structures encroached the First Nations lands and caused damages thereto. The parties disagreed on, among other things, the extent of damages, the consultation that took place with the First Nations before these structures were constructed, the compensation agreed on and paid and on the pollution that would have resulted because of the flooding of the Qu'Appelle River. In 1994, the Qu'Appelle Valley Indian Development Authority (QVIDA) asked the Indian Claims Commission (ICC) to conduct an inquiry into the wrongful flooding of First Nations lands. The ICC found that the use and occupation of the reserve land for flooding could not be authorized under the *Indian Act* and had occurred without band consent. Canada validated the QVIDA flood claim and negotiations were initiated although no resolution has yet resulted. Later, in 2005, the Piapot First Nation and Ochapowace First Nation passed band council by-laws that created offences of trespass for the interference with the use of reserve land, including flooding of land from external sources. The applicants alleged that the activities of the PFRA and SWA contravened these by-laws and the *Criminal Code*. The dispute between QVIDA First Nations and Canada and Saskatchewan came to the attention of the RCMP when QVIDA submitted complaints in 2002 that PFRA employees attempted to access their lands. In 2005 the First Nations requested that the RCMP investigate into the PFRA's trespasses and other unlawful activity. After investigating, the RCMP decided not to lay charges.

The issues were: (1) whether the exercise of prosecutorial discretion by the RCMP should be the subject of a judicial review and if so what would be the appropriate standard upon which to review its decision not to lay charges; and (2) if the RCMP's decision was reviewable, whether the applicants provided any evidence of flagrant impropriety.

Held, the application should be dismissed.

(1) Police and prosecutorial discretion is one of the cornerstones of our criminal justice system. This discretion permeates the

à la suite de la grave sécheresse dont avaient souffert les provinces des Prairies durant la décennie 1930. Ses programmes ont pour objet d'assurer l'utilisation durable des sols et des ressources en eau des Prairies. La SWA a été établie par le gouvernement de la Saskatchewan en 2002 pour faciliter la gestion provinciale des eaux. Il incombe donc à la SWA de répartir les réserves d'eaux souterraines et d'eaux de surface et de gérer toutes les infrastructures hydrauliques de la province. Dans la décennie 1940, l'ARAP a construit des barrages et des structures de régularisation des eaux dans la vallée Qu'Appelle, au sud de la Saskatchewan. Ces structures ont accru l'empiètement des eaux sur plusieurs terres de réserve et y ont causé des dommages. Il y avait désaccord notamment sur l'étendue de ce préjudice, sur les consultations qui ont été menées avec les Premières nations avant la construction de telles structures, sur l'indemnité convenue et payée et sur la pollution de la rivière Qu'Appelle par suite de la submersion. En 1994, la Qu'Appelle Valley Indian Development Authority (la QVIDA) a demandé à la Commission des revendications des Indiens (la CRI) d'ouvrir une enquête sur la submersion injustifiée de terres des Premières nations. La CRI affirmait à l'issue de cette enquête que l'utilisation et l'occupation des terres de réserve par submersion ne pouvaient pas être autorisées en vertu de la *Loi sur les Indiens* et que cela avait été fait sans le consentement des bandes concernées. Le Canada a entériné le constat de submersion fait par la QVIDA, et des négociations ont été amorcées, mais n'ont pas encore abouti. Plus tard, en 2005, la Première nation de Piapot et la Première nation d'Ochapowace ont adopté, par l'entremise de leurs conseils de bande, des règlements administratifs qui établissent des infractions d'intrusion illicite, pour l'entrave à l'utilisation des terres de réserve, y compris l'infraction de submersion de terres à partir de sources externes. Les demandeurs affirmaient que les activités de l'ARAP et de la SWA étaient contraires auxdits règlements administratifs ainsi qu'au *Code criminel*. La GRC est d'abord intervenue dans le différend entre les Premières nations membres de la QVIDA, d'une part, et le Canada et la Saskatchewan, d'autre part, lorsqu'elle a pris connaissance des plaintes déposées par la QVIDA en 2002 selon lesquelles des employés de l'ARAP avaient tenté de pénétrer sur leurs terres. En 2005, les Premières nations ont demandé à la GRC d'enquêter sur les intrusions et autres activités illicites de l'ARAP. Après avoir fait enquête, la GRC a décidé de ne pas déposer d'accusations.

Le présent litige portait sur les questions suivantes : 1) L'exercice par la GRC de son pouvoir discrétionnaire de poursuite est-il susceptible de contrôle judiciaire et, dans l'affirmative, quelle est la norme de contrôle à appliquer dans l'examen de la décision de la GRC de ne pas déposer d'accusations? 2) Si la décision de la GRC est susceptible de contrôle, les demandeurs ont-ils apporté une preuve d'irrégularité flagrante?

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) Le pouvoir discrétionnaire de la police et du ministère public d'intenter des poursuites constitue l'une des pierres

entire criminal process, from the initial investigation stage through to the conclusion of the trial. Courts have been loath to intervene, except in the most exceptional circumstances, lest they be perceived to blur the line between the executive and the judicial functions. Practically, if administrative-law principles were to be imported into the prosecutorial environment of the criminal law, judges would be called upon to review an innumerable number of decisions, which could completely paralyse the administration of the criminal law. The decision by the police to lay a charge does not come, strictly speaking, within the core elements of prosecutorial discretion which the Supreme Court has defined as being the discretion whether to bring the prosecution of a charge laid by police, to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, to accept a guilty plea to a lesser charge and to withdraw from criminal proceedings altogether. But the decision to lay a charge by a police officer must also be free from judicial interference. However, the discretion enjoyed by the Crown and the police in the enforcement of the criminal law is not absolute. Judges should intervene in cases of flagrant impropriety or malicious prosecution, but the threshold to demonstrate that kind of improper behaviour will be very high. There was no flagrant impropriety in the RCMP's decision not to lay charges in the present case. Furthermore, the Federal Court did not have the jurisdiction to entertain the application for judicial review. The only possible source of jurisdiction is section 18.1 of the *Federal Courts Act*, which confers jurisdiction to review decisions made by "a federal board, commission or other tribunal". Police officers are independent from the Crown when conducting criminal investigations and their powers have their foundation in the common law. The decision to initiate a criminal investigation cannot be properly characterized as a decision by a "federal board, commission or other tribunal".

(2) The RCMP did not disregard the applicants' Aboriginal rights and treaty rights when conducting their investigation. Treaty No. 4 did not specify that the First Nations had a right of assistance by the RCMP and there was no evidence that an Aboriginal right thereto existed. As well, they did not owe the First Nations any fiduciary duty. The established fiduciary duty owed by the Crown to First Nations to act in the best interests of First Nations people is not extended to the RCMP since the RCMP is not an organ of the Crown. The status of the RCMP officer in the course of a criminal investigation is independent of the control of the executive and the RCMP officer is not subject to political discretion or to be considered a servant or agent of the Crown while engaged in a criminal investigation. Public law duties do not typically give rise to a fiduciary relationship. The criminal process is not the preserve of any one individual, Aboriginal or otherwise. The fundamental

angulaires de notre système de justice criminelle. Ce pouvoir discrétionnaire imprègne la procédure criminelle tout entière, depuis l'étape initiale de l'enquête jusqu'à la clôture du procès. Les tribunaux répugnent à intervenir, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, de peur de paraître vouloir brouiller la ligne de démarcation entre pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire. Dans la pratique, si les principes du droit administratif devaient être intégrés dans le contexte propre aux poursuites qui sont engagées dans le cadre de l'application du droit criminel, les juges seraient appelés à revoir une foule de décisions, ce qui risquerait de conduire à la paralysie complète de l'administration de la justice pénale. La décision de la police de déposer des accusations n'entre pas, à strictement parler, dans les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire de poursuite qui, selon la Cour suprême, s'entend du pouvoir discrétionnaire de donner suite ou non aux accusations déposées par la police, d'inscrire un arrêt des procédures dans une poursuite privée ou une poursuite publique, d'accepter un plaidoyer de culpabilité en réponse à une accusation moindre et d'abandonner purement et simplement les poursuites. Or la décision d'un fonctionnaire de police de déposer une accusation doit également être à l'abri de toute ingérence judiciaire. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire exercé par la Couronne et par la police dans la mise en application du droit criminel n'est pas absolu. Les juges se doivent d'intervenir dans les cas d'irrégularité flagrante ou de poursuites abusives, mais le seuil de la preuve exigée pour démontrer l'existence d'un cas de ce genre sera très élevé. En l'espèce, aucune irrégularité flagrante n'a été décelée dans la décision de la GRC de ne pas déposer d'accusations. En outre, la Cour fédérale n'avait pas compétence pour instruire la demande de contrôle judiciaire. L'unique source possible de compétence était l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, en vertu duquel la Cour fédérale a compétence pour revoir les décisions prises par « un office fédéral ». Les agents de police sont indépendants de la Couronne lorsqu'ils mènent des enquêtes criminelles, et leurs pouvoirs procèdent de la common law. La décision d'entreprendre une enquête criminelle ne saurait être valablement qualifiée de décision d'un « office fédéral ».

2) La GRC n'a pas omis de tenir compte des droits ancestraux et des droits issus de traités des demandeurs pendant son enquête. Il n'y a aucune mention précise dans le Traité n° 4 du droit des Premières nations à une aide de la GRC ni de preuve de l'existence d'un tel droit ancestral. En outre, la GRC n'a aucune obligation fiduciaire envers les Premières nations. En effet, l'obligation fiduciaire établie à laquelle la Couronne est soumise envers les Premières nations d'agir dans leur intérêt ne s'étend pas à la GRC puisque la GRC n'est pas un organe de la Couronne. Le statut de l'agent de la GRC au cours d'une enquête criminelle est indépendant du contrôle de l'exécutif, et l'agent de la GRC n'est pas subordonné au pouvoir politique et ne doit pas être considéré comme un préposé ou un mandataire de la Couronne lorsqu'il mène une enquête criminelle. Les obligations de droit public ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. La procédure criminelle n'est pas le domaine

consideration in any decision regarding prosecution of criminal offences is the public interest.

The RCMP investigated the allegations made by the applicants and provided them with ample opportunity to present their concerns, allegations and supporting material. There was no proof of bias against the applicants or even of systemic discrimination in the treatment of First Nations' allegations of unlawful conduct.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 131 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 17).

Director of Public Prosecutions Act, being Part 3 of the *Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9.

Federal Accountability Act, S.C. 2006, c. 9, s. 121.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. *idem*, s. 15), 18.1(4) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81, 317 (as am. by SOR/2002-417, s. 19), 318.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.

Parliament of Canada Act, R.S.C., 1985, c. P-1, s. 12.

Treaty No. 4 (1874).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Merchant (2000) Ltd. v. Canada (Attorney General) (2001), 281 N.R. 362; 2001 FCA 301; *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387; (1988), 55 D.L.R. (4th) 481; [1989] 1 W.W.R. 97; 71 Sask. R. 1; 45 C.C.C. (3d) 57; 66 C.R. (3d) 97; 36 C.R.R. 90; 88 N.R. 205; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; 365 A.P.R. 269; 89 C.C.C. (3d) 1; 29 C.R. (4th) 1; 2 M.V.R. (3d) 161; 165 N.R. 241; *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721; 277 D.L.R. (4th) 274; 31 C.P.C. (6th) 11; 36 C.P.C. (6th) 199 (C.A.); *Canada (Deputy Commissioner, RCMP) v. Canada (Attorney General)*, [2008] 1 F.C.R. 752; 2007 FC 564; *Guerin et al. v. The*

réservé de quiconque, Autochtone ou non. La considération fondamentale, dans toute décision portant sur la poursuite des auteurs d'infractions criminelles, est l'intérêt public.

La GRC a enquêté sur les allégations des demandeurs et leur a amplement donné l'occasion d'exposer leurs incertitudes et de présenter leurs allégations, documents à l'appui. Il n'y avait aucune preuve de partialité de la GRC envers les demandeurs, ni même de discrimination systémique dans la manière dont les accusations de conduite illégale faites par les Premières nations ont été traitées.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 131 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 17).

Loi fédérale sur la responsabilité, L.C. 2006, ch. 9, art. 121.

Loi sur le directeur des poursuites pénales, qui constitue la partie 3 de la *Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9.

Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 12.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) « office fédéral » (mod., *idem*, art. 15), 18.1(4) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81, 317 (mod. par DORS/2002-417, art. 19), 318.

Traité n° 4 (1874).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Merchant (2000) Ltd. c. Canada (Procureur général), 2001 CAF 301; *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721; 277 D.L.R. (4th) 274; 31 C.P.C. (6th) 11; 36 C.P.C. (6th) 199 (C.A.); *Canada (Sous-commissaire, GRC) c. Canada (Procureur général)*, [2008] 1 R.C.F. 752; 2007 CF 564; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245; 2002 CSC 79.

Queen et al., [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245; (2002), 220 D.L.R. (4th) 1; [2003] 1 C.N.L.R. 341; 297 N.R. 1; 2002 SCC 79.

DISTINGUISHED:

Merchant (2000) Ltd. v. Canada (Attorney General) (2001), 281 N.R. 362; 2001 FCA 301; *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190; (2007), 276 D.L.R. (4th) 1; 216 C.C.C. (3d) 353; 44 C.R. (6th) 57; 43 M.V.R. (5th) 1; 356 N.R. 323; 2007 SCC 5.

CONSIDERED:

R. v. Poirier, [1989] M.J. No. 379 (Prov. Ct.) (QL); *R. v. T. (V)*, [1992] 1 S.C.R. 749; [1992] 3 W.W.R. 193; (1992), 7 B.C.A.C. 81; 67 B.C.L.R. (2d) 273; 71 C.C.C. (3d) 32; 12 C.R. (4th) 133; 134 N.R. 289; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.); *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372; (2002), 312 A.R. 275; 217 D.L.R. (4th) 513; [2003] 1 W.W.R. 193; 7 Alta. L.R. (4th) 1; 43 Admin. L.R. (3d) 167; 168 C.C.C. (3d) 97; 4 C.R. (6th) 255; 293 N.R. 201; 2002 SCC 65; *Kostuch v. Alberta (Attorney General)* (1995), 174 A.R. 109; [1996] 1 W.W.R. 292; 33 Alta. L.R. (3d) 225; 101 C.C.C. (3d) 321; 43 C.R. (4th) 81; 32 C.R.R. (2d) 84 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752; (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; 34 B.L.R. 251; 68 N.R. 241.

REFERRED TO:

Lemiecha (Litigation guardian of) v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993), 72 F.T.R. 49; 24 Imm. L.R. (2d) 95 (F.C.T.D.); *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 200 F.T.R. 25; 12 Imm. L.R. (3d) 268 (F.C.T.D.); *Toussaint v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.); *McConnell v. Canada (Human Rights Commission)*, 2004 FC 817; affd 2005 FCA 389; *Chopra v. Canada (Treasury Board)* (1999), 168 F.T.R. 273 (F.C.T.D.); *Canadian Tire Corp. v. Canadian Bicycle Manufactures Assn.* (2006), 346 N.R. 186; 2006 FCA 56; *Bastide v. Canada Post Corp.*, [2006] 2 F.C.R. 637; (2005), 281 F.T.R. 286; 2005 FC 1410; *Ly v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1184; *Akomah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 20 Imm. L.R. (3d) 204; 2002 FCT 99; *Canadian Tire Corp. v. P.S. Partsource Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 386; 267 N.R. 135; 2001 FCA 8; *Inhesion Industrial Co. v. Anglo Canadian Mercantile Co.* (2000), 6 C.P.R. (4th) 362 (F.C.T.D.); *Mitchell v. M.N.R.*, [2001]

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Merchant (2000) Ltd. c. Canada (Procureur général), 2001 CAF 301; *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190; 2007 CSC 5.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

R. v. Poirier, [1989] M.J. n° 379 (C.P.) (QL); *R. c. T. (V)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.); *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372; 2002 CSC 65; *Kostuch v. Alberta (Attorney General)* (1995), 174 A.R. 109; [1996] 1 W.W.R. 292; 33 Alta. L.R. (3d) 225; 101 C.C.C. (3d) 321; 43 C.R. (4th) 81; 32 C.R.R. (2d) 84 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752.

DÉCISIONS CITÉES :

Lemiecha (Tuteur d'instance) c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1993] A.C.F. n° 1333 (1^{re} inst.) (QL); *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 135 (1^{re} inst.) (QL); *Toussaint c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1993] A.C.F. n° 616 (C.A.) (QL); *McConnell c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2004 CF 817; conf. par 2005 CAF 389; *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1999] A.C.F. n° 835 (1^{re} inst.) (QL); *Société Canadian Tire Ltée c. Canadian Bicycle Manufactures Assn.*, 2006 CAF 56; *Bastide c. Société canadienne des postes*, [2006] 2 R.C.F. 637; 2005 CF 1410; *Ly c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1184; *Akomah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 99; *Société Canadian Tire Ltée c. P.S. Partsource Inc.*, 2001 CAF 8; *Inhesion Industrial Co. c. Anglo Canadian Mercantile Co.*, [2000] A.C.F. n° 491 (1^{re} inst.) (QL); *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911; 2001 CSC 33; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Zhang c. Canada (Procureur général)*, 2006

1 S.C.R. 911; (2001), 199 D.L.R. (4th) 385; [2001] 3 C.N.L.R. 122; 83 C.R.R. (2d) 1; [2002] 3 C.T.C. 359; 269 N.R. 207; 5 T.T.R. (2d) 567; 2001 SCC 33; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80 B.C.A.C. 81; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Zhang v. Canada (Attorney General)* (2006), 42 Admin. L.R. (4th) 300; 139 C.R.R. (2d) 137; 288 F.T.R. 115; 2006 FC 276; affd (2007), 61 Admin. L.R. (4th) 99; 155 C.R.R. (2d) 332; 65 Imm. L.R. (3d) 1; 365 N.R. 277; 2007 FCA 201; *Winn v. Canada (Attorney General)* (1994), 28 Admin. L.R. (2d) 254; 84 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); *O'Malley v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1259 (T.D.) (QL); *Stucky v. Canada (Attorney General)* (2004), 267 F.T.R. 203; 2004 FC 1769; *Labrador Métis Nation v. Canada (Attorney General)* (2005), 35 Admin. L.R. (4th) 239; [2005] 4 C.N.L.R. 212; 276 F.T.R. 219; 2005 FC 939; *R. v. Theissen*, [2002] 8 W.W.R. 558; (2002), 165 Man. R. (2d) 93; 2002 MBQB 149; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; (1996), 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 181 A.R. 321; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321.

APPLICATION for judicial review of the Royal Canadian Mounted Police's decision not to lay trespass or other charges against the Prairie Farm Rehabilitation Administration and the Saskatchewan Watershed Authority in relation to their activities on and affecting the First Nations' reserve lands. Application dismissed.

APPEARANCES:

Mervin C. Phillips for applicants.
Chris J. Bernier for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Phillips & Co., Regina, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order and order rendered in English by

[1] DE MONTIGNY J.: This is a judicial review of the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP) decision not to lay trespass or other charges against the Prairie Farm Rehabilitation Administration (the PFRA) and the Saskatchewan Watershed Authority (the SWA) in

CF 276; conf. par 2007 CAF 201; *Winn c. Canada (Procureur général)*, [1994] A.C.F. n° 1280 (1^{re} inst.) (QL); *O'Malley c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 1259 (1^{re} inst.) (QL); *Stucky c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1769; *Nation métisse du Labrador c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 939; *R. v. Theissen*, [2002] 8 W.W.R. 558; (2002), 165 Man. R. (2d) 93; 2002 MBQB 149; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la Gendarmerie royale du Canada de ne pas déposer d'accusations, notamment d'intrusion illicite, contre l'Administration du rétablissement agricole des Prairies et contre la Saskatchewan Watershed Authority pour les activités préjudiciables qu'elles mènent sur les terres de réserve des Premières nations. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Mervin C. Phillips pour les demandeurs.
Chris J. Bernier pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Phillips & Co., Regina, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Les demandeurs sollicitent le contrôle judiciaire de la décision de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) de ne pas déposer d'accusations, notamment d'intrusion illicite, contre l'Administration du rétablissement agricole des Prairies

relation to their activities on, and affecting, the First Nations' reserve lands. While the issue of police discretion has been canvassed time and again by this Court and other courts of the country, this application squarely raises for the first time the potential impact of treaty and Aboriginal rights on that discretion.

[2] After having carefully reviewed the extensive record filed by the applicants and weighed the respective arguments of both parties, I have come to the conclusion that this application for judicial review must be dismissed. The following are my reasons for coming to that decision.

FACTS

[3] The Piapot, Chacachas and Kakisiwew bands were Treaty No. 4 [1874] signatory First Nations. Pursuant to that Treaty, a survey of lands to be held back for all three of these First Nations was conducted, and reserves were created in the 1880s for the three First Nations occupying frontage on both sides of the Qu'Appelle Valley, in the southern part of Saskatchewan.

[4] The PFRA was developed as a result of the severe drought that plagued the Prairie provinces during the 1930s. It is a branch of Agriculture and Agri-Food Canada and its programs focus on ensuring the sustainable use of the Prairie's soil and water resources. The SWA was established by the Saskatchewan government in 2002 to assist in provincial water management. As a result, the SWA is responsible for the allocation of ground and surface water inventory and the administration and control of all provincial water infrastructures.

[5] In the 1940s, the PFRA built dams and water control structures in the southern Saskatchewan Qu'Appelle Valley. While the respondents concede that there was increased water encroachment onto a number of reserve lands as a result of these structures, there is much disagreement on the extent of these damages, on the

(l'ARAP) et contre la Saskatchewan Watershed Authority (la SWA) pour les activités préjudiciables qu'elles mènent sur les terres de réserve des Premières nations. La question du pouvoir discrétionnaire de la police a été étudiée maintes et maintes fois par la Cour et d'autres juridictions du pays, mais la présente demande soulève carrément, et pour la première fois, la question de l'incidence possible de droits ancestraux ou issus de traités sur ce pouvoir discrétionnaire.

[2] Après examen approfondi du volumineux dossier déposé par les demandeurs, et après appréciation des arguments respectifs des deux parties, je suis arrivé à la conclusion que la présente demande de contrôle judiciaire doit être rejetée. Les motifs que j'ai d'arriver à cette conclusion sont exposés ci-après.

LES FAITS

[3] Les bandes de Piapot, de Chacachas et de Kakisiwew comptaient parmi les Premières nations signataires du Traité n° 4 [1874]. Conformément à ce traité, un arpentage des terres devant être retenues pour ces trois Premières nations eut lieu, et des réserves furent constituées durant la décennie 1880 pour les trois Premières nations, réserves qui occupaient une étendue riveraine sur les deux versants de la vallée Qu'Appelle, dans la région sud de la Saskatchewan.

[4] L'ARAP a été établie à la suite de la grave sécheresse dont avaient souffert les provinces des Prairies durant la décennie 1930. Il s'agit d'une direction générale d'Agriculture et Agroalimentaire Canada, dont les programmes ont pour objet d'assurer l'utilisation durable des sols et des ressources en eau des Prairies. La SWA a été établie par le gouvernement de la Saskatchewan en 2002 pour faciliter la gestion provinciale des eaux. Il incombe donc à la SWA de répartir les réserves d'eaux souterraines et d'eaux de surface et de gérer toutes les infrastructures hydrauliques de la province.

[5] Durant la décennie 1940, l'ARAP a construit des barrages et des structures de régularisation des eaux dans la vallée Qu'Appelle, au sud de la Saskatchewan. Les défendeurs admettent que ces structures ont accru l'empiètement des eaux sur plusieurs terres de réserve, mais il y a un profond désaccord sur l'étendue de ce

consultation that took place with the First Nations before these structures were constructed, on the compensation agreed on and paid, on the contamination and pollution of the Qu'Appelle River that would have occurred because of the flooding, on the alleged admission of unlawful conduct by the Crown and on the negotiations that took place to secure First Nations' consent for the flooding of their lands, on the actual trespass by individual members of PFRA and on the question as to whether water is still encroaching on reserve land and whether this encroachment constitutes a trespass under the band by-laws, *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] or common law.

[6] These issues are addressed at length in the two affidavits filed in support of the application for judicial review, one by Mr. Ross Allary, a councillor of the Ochapowace First Nation, and the other by Mr. William Lavallee, a councillor of the Piapot First Nation, both of whom have been involved as representatives of their Nations on the Qu'Appelle Valley Indian Development Authority (QVIDA). Both affidavits are dated May 17, 2006 and are identical in every respect except where the affiants make reference to their respective bands. These affidavits are supported by a massive amount of exhibits, which make up most of the eight volumes of the applicants' motion record.

[7] Counsel for the respondents has strenuously opposed the admissibility of these affidavits and exhibits on several grounds. Indeed, it appears that this issue was raised by the respondents during a case management call, but Mr. Justice Hugessen quite properly ruled that questions regarding the admissibility of affidavit evidence should be raised at the hearing of the judicial review application.

[8] Before going any further with the recital of the facts, I must pause and assess this preliminary objection of the respondents as it will obviously be of some bearing on the background information that can be taken into consideration in ruling on this application for judicial review.

préjudice, sur les consultations qui ont été menées avec les Premières nations avant la construction de telles structures, sur l'indemnité convenue et payée, sur la contamination et la pollution de la rivière Qu'Appelle par suite de la submersion, sur la présumée admission, par la Couronne, d'une conduite illégale et sur les négociations qui ont eu lieu pour obtenir le consentement des Premières nations à l'inondation de leurs terres, sur l'intrusion effective de membres de l'ARAP et sur la question de savoir si les eaux empiètent encore sur les terres de réserve et si cet empiètement constitue une intrusion illégale selon les règlements administratifs des bandes, selon le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] ou selon la common law.

[6] Ces points sont examinés en détail dans les deux affidavits déposés au soutien de la demande de contrôle judiciaire, l'un par M. Ross Allary, un conseiller de la Première nation d'Ochapowace, et l'autre par M. William Lavallee, un conseiller de la Première nation de Piapot. M. Allary et M. Lavallee ont tous deux été représentants de leurs nations au sein de la Qu'Appelle Valley Indian Development Authority (la QVIDA). Les deux affidavits, qui portent la date du 17 mai 2006, sont identiques à tous égards, si ce n'est que leurs auteurs font référence à leurs bandes respectives. Ces affidavits sont étayés par un nombre considérable de pièces, qui composent la majeure partie des huit volumes du dossier de requête des demandeurs.

[7] L'avocat des défendeurs s'est vigoureusement opposé à la recevabilité de ces affidavits et pièces, en invoquant plusieurs moyens. Il semble d'ailleurs que ce point a été soulevé par les défendeurs au cours d'une conférence téléphonique tenue dans le cadre de la gestion de l'instance, mais le juge Hugessen a estimé, très justement, que les questions touchant la recevabilité de preuves par affidavit devraient être soulevées au cours de l'audition de la demande de contrôle judiciaire.

[8] Avant d'aller plus loin dans l'exposé des faits, je m'arrêterai un instant pour évaluer cette objection préliminaire des défendeurs car elle aura évidemment un certain rapport avec l'information générale que la Cour pourrait prendre en compte au moment de statuer sur la présente demande de contrôle judiciaire.

[9] I agree with counsel for the respondents that much of the material included in the applicants' supporting affidavits cannot be considered by this Court and must be excluded as there is no evidence that they were before the decision maker at the time when the decision was made. It is trite law that in a judicial review application, the only material that should be considered is the material that was before the decision maker: see, for example, *Lemiecha (Litigation guardian of) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 72 F.T.R. 49 (F.C.T.D.), at paragraph 4; *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 200 F.T.R. 25 (F.C.T.D.), at paragraph 34; *Toussaint v. Canada (Labour Relations Board)* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.), at paragraph 5. The only exceptions to this rule have been made in instances where the evidence was introduced to support an argument going to procedural fairness or jurisdiction (as in *McConnell v. Canada (Human Rights Commission)*, 2004 FC 817, at paragraph 68, upheld at 2005 FCA 389), or where the material is considered general background information that would assist the Court (see, for ex., *Chopra v. Canada (Treasury Board)* (1999), 168 F.T.R. 273 (F.C.T.D.) (*Chopra*), at paragraph 9).

[10] The rationale for that rule is well known. To allow additional material to be introduced at judicial review that was not before the decision maker would in effect transform the judicial review hearing into a trial *de novo*. The purpose of a judicial review application is not to determine whether the decision of a tribunal was correct in absolute terms but rather to determine whether its decision was correct on the basis of the record before it: *Chopra*, at paragraph 5; *Canadian Tire Corp. v. Canadian Bicycle Manufacturers Assn.* (2006), 346 N.R. 186 (F.C.A.), at paragraph 13.

[11] The applicants contended that they have provided the information they "believe" was within the knowledge of the RCMP when the decision not to lay charges was made, and that it is up to the respondents to prove the information in question was not taken into account by the RCMP when it made its decision. In the absence of any information in affidavit form from the RCMP to the

[9] Je suis d'accord avec l'avocat des défendeurs que nombre des documents annexés aux affidavits déposés à l'appui par les demandeurs ne peuvent pas être examinés par la Cour et doivent être exclus car il n'est pas établi que le décideur en était saisi à l'époque où la décision a été prise. Il est bien établi en droit que, dans une demande de contrôle judiciaire, les seules pièces qui doivent être considérées sont celles que le décideur avait devant lui : voir, par exemple, *Lemiecha (Tuteur d'instance) c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 1333 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 4; *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 135 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 34; *Toussaint c. Canada (Conseil canadien des relations du travail)*, [1993] A.C.F. n° 616 (C.A.) (QL), au paragraphe 5. Les seuls cas où cette règle souffre une exception sont les suivants : lorsque la preuve nouvelle est produite au soutien d'un argument intéressant l'équité procédurale ou la compétence (jugement *McConnell c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2004 CF 817, au paragraphe 68, confirmé par 2005 CAF 389), et lorsque les pièces nouvellement soumises sont considérées comme des renseignements généraux susceptibles d'aider la Cour (voir, par exemple, *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1999] A.C.F. n° 835 (1^{re} inst.) (QL) (*Chopra*), au paragraphe 9).

[10] La raison d'être de cette règle est bien connue. Autoriser, dans une procédure de contrôle judiciaire, le dépôt de pièces additionnelles dont le décideur n'a pas été saisi aurait pour effet de transformer cette procédure et d'en faire une instance totalement nouvelle. L'objet d'une procédure de contrôle judiciaire n'est pas de dire si la décision d'un tribunal administratif est conforme au droit en termes absolus, mais plutôt de dire si elle est conforme d'après le dossier dont il a été saisi : *Chopra*, au paragraphe 5; *Société Canadian Tire Ltée c. Canadian Bicycle Manufacturers Assn.*, 2006 CAF 56, au paragraphe 13.

[11] Les demandeurs ont prétendu avoir produit les renseignements dont ils « croyaient » que la GRC avait connaissance lorsqu'elle a pris la décision de ne pas déposer d'accusations, et ils ajoutent que c'est aux défendeurs de prouver que la GRC n'a pas tenu compte des renseignements en cause quand elle a pris sa décision. Vu l'absence de toute information sous forme d'affidavit

effect that they did not have the information filed, and in light of the many meetings that took place between the RCMP and the applicants where the information contained in the affidavits were discussed, it is the applicants' submission that the material appended to the affidavits was available to the RCMP.

[12] The applicants' thesis, which for all intents and purposes places the onus on the respondents to prove that the disputed information was not taken into account by the RCMP when it made its decision, quite simply does not hold water. The onus clearly falls on the applicants to provide admissible evidence to prove the federal board, commission or other tribunal acted in a manner amounting to an established ground for review under subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] (the Act). Unless an affiant clearly states that such and such document was communicated to the decision maker, this Court cannot speculate as to what was before the board or tribunal when it came to its decision. Applicants' counsel cannot, through oral submissions, assert beyond what is in the affidavits that all the documents were provided to the RCMP. Counsel cannot provide evidence that is not before the Court nor speculate beyond what is attested to in the affidavits.

[13] On the basis of these principles, I am satisfied that the following information was before the decision maker. First of all, both affiants testify at paragraph 108 of their respective affidavits that the QVIDA First Nations and their legal counsel met with representatives of the RCMP and provided the RCMP representatives with an information package regarding the basis for requesting an RCMP investigation and the underlying charges. This information package is appended to the affidavits at Exhibit "CU2" and is therefore clearly part of the record.

[14] Similarly, the affiants also make reference to a number of correspondence exchanges between the RCMP and their legal counsel and discuss a number of meetings between the applicants and the RCMP. These references are made at paragraphs 61, 83, 103, 104 and

de la GRC attestant qu'elle ne disposait pas des renseignements produits, et compte tenu des nombreuses rencontres qui ont eu lieu entre la GRC et les demandeurs, au cours desquelles les renseignements figurant dans les affidavits avaient été examinés, les demandeurs disent que les pièces annexées aux affidavits étaient à la disposition de la GRC.

[12] La thèse des demandeurs, qui à toutes fins utiles fait reposer sur les défendeurs la charge de prouver que la GRC n'a pas tenu compte des renseignements contestés quand elle a pris sa décision, est tout simplement insoutenable. C'est manifestement aux demandeurs qu'il appartient de produire une preuve recevable montrant que l'office fédéral a agi d'une manière qui fait naître un motif officiel de contrôle en application du paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] (la Loi). Si l'auteur d'un affidavit ne dit pas clairement que tel ou tel document a été communiqué au décideur, il est impossible à la Cour de dire quelles pièces l'office fédéral était saisi quand il est arrivé à sa décision. L'avocat des demandeurs ne saurait, par des arguments exposés oralement, affirmer, au-delà de ce que contiennent les affidavits, que tous les documents étaient à la disposition de la GRC. Il ne peut produire une preuve qui va au-delà de ce que la Cour a devant elle, ni conjecturer quelque chose qui va au-delà de ce que disent les affidavits.

[13] Fort de ces principes, je suis d'avis que le décideur était saisi des renseignements suivants. D'abord, MM. Allary et Lavalée affirment, au paragraphe 108 de leurs affidavits respectifs, que les Premières nations représentées au sein de la QVIDA, ainsi que leurs avocats, ont rencontré des représentants de la GRC et leur ont remis une trousse de renseignements mentionnant les raisons qu'elles avaient de demander une enquête de la GRC et le dépôt d'accusations. Cette trousse de renseignements est annexée aux affidavits sous la cote « CU2 » et elle fait donc manifestement partie du dossier.

[14] MM. Allary et Lavalée font aussi référence à plusieurs pièces de correspondance échangées entre la GRC et leurs avocats et font état de la tenue de plusieurs rencontres entre les demandeurs et la GRC. Ces mentions figurent aux paragraphes 61, 83, 103, 104 et 106 à 112 de

106 to 112 of their respective affidavits. The information contained in those paragraphs as well as the exhibited copies of the correspondence, meeting minutes and meeting attendance sheets are equally part of the record, as they could arguably have been before, or at least within the knowledge of, the decision maker.

[15] Finally, the affiants indicate at paragraphs 83 and 104 of their affidavits that the RCMP was provided with a copy of the report authored by EBA Engineering Consultants Ltd., which reviewed the historical water quality of the Qu'Appelle River Basin. Accordingly, this report would have been before the decision maker.

[16] The respondents are also prepared to accept, rightly so in my view, that paragraphs 1 to 5 of the affidavits should also be accepted to the extent that they lend background information in relation to the applicants' claims of Aboriginal and/or treaty rights in relation to the RCMP. In the same vein, they also recognize that paragraphs 112 and 113 of the affidavits are admissible with respect to the issue of procedural fairness as they relate to the previous involvement of a Department of Justice counsel.

[17] Of course, it is worth emphasizing that this whole debate on the admissibility of the affidavits and of the material appended could have been avoided had there been a request pursuant to rule 317 [as am. by SOR/2002-417, s. 19] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (the Rules) to obtain the material relevant to the application that was in the possession of the decision maker. This rule was enacted precisely to obviate the difficulties of determining what was before the administrative authority at the time it reached its decision.

[18] Counsel for the applicants tried to suggest that he could only have requested material he did not already have. On that reading of the rule, an applicant will bring forward the information in his or her hands and would be prevented from asking the tribunal to provide information that the applicant already has.

leurs affidavits respectifs. Les renseignements figurant dans ces paragraphes, de même que les pièces de correspondance annexées aux affidavits, les procès-verbaux des réunions et les feuilles de présence auxdites réunions, font également partie du dossier, car le décideur a fort bien pu en être saisi, ou à tout le moins en avoir connaissance.

[15] Finalement, MM. Allary et Lavallee écrivent, aux paragraphes 83 et 104 de leurs affidavits, que la GRC avait reçu copie du rapport rédigé par la société EBA Engineering Consultants Ltd., où elle passait en revue l'historique de la qualité de l'eau du bassin de la rivière Qu'Appelle. Par conséquent, le décideur était probablement en possession de ce rapport.

[16] Les défendeurs sont également disposés à admettre, à juste titre selon moi, que les paragraphes 1 à 5 des affidavits devraient aussi être acceptés dans la mesure où ils renferment des renseignements généraux se rapportant aux revendications de droits ancestraux ou issus de traités qui sont avancées au regard du pouvoir discrétionnaire de la GRC. Dans le même esprit, ils reconnaissent aussi que les paragraphes 112 et 113 des affidavits sont recevables au regard de la question de l'équité procédurale puisqu'ils se rapportent à la participation antérieure d'un avocat du ministère de la Justice.

[17] Naturellement, il vaut la peine de souligner que tout ce débat sur la recevabilité des affidavits et des pièces y annexées aurait pu être évité si une requête avait été déposée en application de la règle 317 [mod. par DORS/2002-417, art. 19] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles) en vue d'obtenir les pièces intéressant la demande qui étaient en la possession du décideur. La règle 317 a précisément pour objet de parer à la difficulté de savoir ce dont l'instance administrative était saisie lorsqu'elle est arrivée à sa décision.

[18] L'avocat des demandeurs a tenté de prétendre qu'il n'aurait pu demander que les pièces qu'il n'avait pas déjà. Selon la lecture qu'il fait de cette règle, un demandeur produira les renseignements qu'il a entre les mains et n'aurait pas le loisir de prier le tribunal administratif de transmettre les renseignements que le demandeur détient déjà.

[19] Such a construction of rule 317 would subvert, in my humble opinion, the very purpose of that rule. The requirement to produce under rules 317 and 318 is intended to ensure that the record that was before the tribunal when it made its decision or order is before the Court on judicial review. Obviously, a party should not request material that is already in its possession. That being said, the prudent course of action would be to request from a tribunal or other decision maker the relevant material that is in its possession if there is any prospect of a debate as to what was before the tribunal when it made its decision. Bearing in mind that the applicant has the burden of establishing, by affidavit or otherwise, what was before the decision maker, the failure to make a request under rule 317 can only work to the applicant's disadvantage. The Federal Court of Appeal decision in *Merchant (2000) Ltd. v. Canada (Attorney General)* (2001), 281 N.R. 362 stands for that proposition. While the facts were somewhat different in that the applicant was contending there was no material before the Minister reasonably capable of supporting his conclusion, it does not detract but indeed reiterates that it falls upon the applicant to show what information was before the decision maker. Writing for a unanimous Court, Justice Sexton said (at paragraph 10 of his reasons):

Merchant, as the applicant for judicial review of the Minister's decision, had the burden of establishing that the Minister did not have such evidence when he exercised his discretion to issue a Requirement. Rule 317 of the *Federal Court Rules* permits a party to request material relevant to an application that is in the possession of a tribunal whose order is the subject matter of an application. Merchant neither asked for this material nor invoked the provisions of Rule 317. Therefore, no serious complaint can be made by Merchant that the basis of the Minister's decision is not before this Court. Because the basis of the Minister's decision is not before this Court, Merchant is unable to show that the discretion was improperly exercised.

[19] Une telle interprétation de la règle 317 bouleverserait à mon humble avis l'objet même de cette règle. L'obligation de transmission dont parlent les règles 317 et 318 vise à faire en sorte que le dossier dont le tribunal administratif était saisi lorsqu'il a rendu sa décision ou son ordonnance soit soumis à la Cour après qu'elle est saisie d'une procédure de contrôle judiciaire. Naturellement, une partie ne demandera pas la communication des pièces qu'elle a déjà en sa possession. Cela dit, la ligne de conduite à suivre consisterait à prier le tribunal administratif ou un autre décideur de communiquer les pièces pertinentes qui sont en sa possession si un débat est à prévoir à propos de ce dont le tribunal administratif était saisi lorsqu'il a rendu sa décision. Gardant à l'esprit qu'il appartient au demandeur d'établir, par affidavit ou autrement, les pièces que le décideur avait à sa disposition, le fait pour le demandeur de ne pas présenter une demande de transmission en application de la règle 317 ne peut être qu'à son détriment. L'arrêt *Merchant (2000) Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2001 CAF 301, rendu par la Cour d'appel fédérale, appuie cette conclusion. Les circonstances de cette affaire étaient quelque peu différentes en ce sens que la demanderesse prétendait que le ministre n'avait eu à sa disposition aucune pièce propre à étayer sa décision, mais cela n'empêche pas, et cela confirme même, que c'est au demandeur qu'il appartient de dire de quels renseignements le décideur était saisi. Rédigeant l'arrêt unanime de la Cour d'appel, le juge Sexton s'est exprimé ainsi (au paragraphe 10 de ses motifs) :

Il incombait à Merchant, en sa qualité de demanderesse aux fins du contrôle judiciaire de la décision du ministre, d'établir que ce dernier ne disposait pas de pareil élément de preuve lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire en vue de délivrer une demande péremptoire. L'article 317 des *Règles de la Cour fédérale* autorise une partie à demander que des documents ou éléments matériels pertinents à la demande qui sont en la possession de l'office fédéral dont l'ordonnance fait l'objet d'une demande lui soient transmis. Merchant n'a pas demandé ces éléments et n'a pas non plus invoqué les dispositions de l'article 317 des Règles. Par conséquent, Merchant ne saurait sérieusement contester que la Cour ne dispose pas du fondement de la décision du ministre. Puisque le fondement de la décision du ministre n'est pas mis à la disposition de la Cour, Merchant ne peut pas démontrer que le pouvoir discrétionnaire a été exercé d'une façon non appropriée.

[20] The respondents also raise a second objection to the admissibility of the affidavits submitted by the applicants. They contend that they are replete with statements made on information and belief, with hearsay and with opinions not based on personal knowledge. This, in their view, is contrary to rule 81 of the Rules, which sets out that affidavits shall be confined to facts within the personal knowledge of the deponent.

[21] It is well established that on a judicial review application, an affidavit must be limited to a statement of facts. It must not contain opinions, points of view or arguments by the affiant. The principle, which has its source in the common-law rule of hearsay, can be explained by the fact that it must be possible to cross-examine the affiant. Its expression can now be found in rule 81: *Bastide v. Canada Post Corp.*, [2006] 2 F.C.R. 637 (F.C.); *Ly v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1184; *Akomah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 20 Imm. L.R. (3d) 204 (F.C.T.D.); *Canadian Tire Corp. v. P.S. Partsource Inc.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 386 (F.C.A.).

[22] When looking carefully at the affidavits filed by the applicants, it is true that a lot of their content is based on hearsay and information the affiants could not have personal knowledge of. But in all fairness, this is also true of Mr. Woodvine's affidavit, submitted by the respondents. Mr. Woodvine, a senior hydrologist with the PFRA, does not say what the basis of his ability to swear the affidavit is, attests to a number of things he could not have had personal knowledge of, and recognizes explicitly in several places that his knowledge is based on information and belief. While I am not prepared to exclude all of that evidence, if only because much of the information provided is of a factual nature, its second-hand nature does nevertheless cast a shadow on its weight.

[23] Equally problematic is the fact that most of the documents submitted by the applicants as exhibits to their affidavits are provided without any explanation as to where these documents were obtained, the authority or

[20] Les défendeurs font aussi une deuxième objection à la recevabilité des affidavits produits par les demandeurs. Ils disent que les affidavits abondent en affirmations tenues pour véridiques sur la foi de renseignements, abondant également en dépositions sur la foi d'autrui et en opinions non fondées sur une connaissance personnelle. Cela, d'après eux, est contraire à la règle 81 des Règles, qui dispose que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle.

[21] Il est bien établi que, dans une procédure de contrôle judiciaire, tout affidavit doit se limiter à exposer les faits. Il ne doit pas comprendre les opinions, points de vue ou arguments du déclarant. Le principe, qui trouve sa source dans la règle du oui-dire, une règle de common law, peut s'expliquer par le fait qu'il doit être possible de contre-interroger le déclarant. Son expression figure aujourd'hui dans la règle 81 : *Bastide c. Société canadienne des postes*, [2006] 2 R.C.F. 637 (C.F.); *Ly c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1184; *Akomah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 99; *Société Canadian Tire Ltée c. P.S. Partsource Inc.*, 2001 CAF 8.

[22] Si l'on examine attentivement les affidavits déposés par les demandeurs, il est vrai que leur contenu procède largement de dépositions reposant sur la foi d'autrui et de renseignements dont les déclarants ne pouvaient avoir une connaissance personnelle. Mais, en toute justice, cela est vrai également de l'affidavit de M. Woodvine, produit par les défendeurs. M. Woodvine, hydrologiste principal auprès de l'ARAP, ne dit pas quel est le fondement de sa capacité légale de produire l'affidavit, il certifie plusieurs choses dont il ne pouvait pas avoir une connaissance personnelle, et il reconnaît explicitement à plusieurs endroits que sa connaissance s'appuie sur des faits tenus pour véridiques sur la foi de renseignements. Je ne suis pas disposé à exclure l'ensemble de cette preuve, ne serait-ce que parce que les renseignements fournis sont largement de caractère factuel, mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une preuve de seconde main et que cela réduit son utilité.

[23] Tout aussi problématique est le fait que la plupart des documents produits par les demandeurs en tant que pièces annexées à leurs affidavits sont produits sans que soient indiqués leur source, le pouvoir ou la fonction des

roles of the individuals who have authored or received them or the basis upon which the applicants are relying upon the information in those documents. It is commonly accepted that a document is not rendered relevant or admissible simply because it is attached to an affidavit. The affidavit evidence must prove the document before it can be admitted or alternatively submit it on information and belief with the source of that document or the person whom the document was received being established in the affidavit: *Inhesion Industrial Co. v. Anglo Canadian Mercantile Co.* (2000), 6 C.P.R. (4th) 362 (F.C.T.D.). I am mindful of the fact that courts must adapt the rules of evidence to take into account the special nature of Aboriginal claims and the evidentiary difficulties in proving them, as directed by the Supreme Court of Canada in cases like *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911 (*Mitchell*) and *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 (*Van der Peet*). But this does not mandate the blanket admissibility of such evidence, especially when it does not relate to ancestral practices in the context of a land claim.

[24] Counsel for the applicants and for the respondents have battled out this admissibility issue with a few more arguments, but I do not intend to dwell on them any more. At the end of the day, the critical issue is the relevance of the evidence submitted by both parties. I agree with counsel for the respondents that much of the information contained in the affidavits submitted by the applicants is not directly germane to the issues before the Court in the present judicial review application. It relates to reserve boundaries, frontage, water contamination and damages resulting from flooding. While this evidence may be put forward in support of an Aboriginal land dispute claim or a claim for damages resulting from flooding, it does not bear much relevance to a judicial review application of a decision made by the RCMP not to lay charges for trespass.

[25] For all of the foregoing reasons, I shall not give too much weight to the affidavits and the appended material filed by the applicants, except as they relate to the issues raised in this application for judicial review. I stop short of excluding altogether all the information that

personnes qui les ont rédigés ou reçus, ni le fondement autorisant les demandeurs à invoquer les renseignements figurant dans ces documents. Il est communément admis qu'un document ne devient pas pertinent ou recevable simplement parce qu'il est annexé à un affidavit. L'affidavit doit prouver le document avant que celui-ci ne puisse être admis, ou subsidiairement le tenir pour véridique sur la foi de renseignements, avec mention de la source de ce document, ou de la personne qui l'a reçu : *Inhesion Industrial Co. c. Anglo Canadian Mercantile Co.*, [2000] A.C.F. n° 491 (1^{re} inst.) (QL). Je n'ignore pas que les tribunaux doivent adapter les règles de preuve pour prendre en compte le caractère spécial des revendications autochtones et les obstacles à surmonter pour les prouver, ainsi que l'expliquait la Cour suprême du Canada dans des arrêts tels que *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 (*Mitchell*) et *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 (*Van der Peet*). Mais cela ne signifie pas que toutes les preuves de ce genre sont recevables, surtout lorsqu'elles ne se rapportent pas à des pratiques ancestrales dans le contexte d'une revendication territoriale.

[24] L'avocat des demandeurs et celui des défendeurs ont débattu cette question de la recevabilité en invoquant quelques arguments supplémentaires, mais je n'entends pas m'attarder davantage sur le sujet. En définitive, la question essentielle est l'utilité de la preuve produite par les deux parties. Je reconnais avec l'avocat des défendeurs qu'une bonne partie des renseignements figurant dans les affidavits produits par les demandeurs n'intéresse pas directement les points soumis à la Cour dans la présente demande de contrôle judiciaire. Elle concerne les frontières des réserves, leur étendue riveraine, la contamination de l'eau et les dommages causés par l'inondation. Cette preuve pourrait être avancée au soutien d'une revendication territoriale autochtone ou d'une réclamation pour dommages résultant d'une inondation, mais elle n'intéresse guère une procédure de contrôle judiciaire introduite à l'encontre d'une décision de la GRC de ne pas déposer d'accusations pour intrusion illicite.

[25] Pour tous les motifs qui précèdent, je n'accorderai guère de poids aux affidavits et aux pièces y annexées que les demandeurs ont déposés, sauf dans la mesure où ils intéressent les points soulevés dans la présente procédure de contrôle judiciaire. Je n'irai pas jusqu'à

does not relate to the RCMP involvement or to the role of the Department of Justice counsel, as requested by the respondents, as I am prepared to accept that the affidavits do contain some interesting background historical information. The value of that information is nevertheless severely restricted and subject to caution for the various reasons mentioned in the preceding paragraphs.

[26] This parenthesis with respect to the admissibility of the affidavit evidence being closed, what then is left in terms of established facts relevant to the issues raised in this application for judicial review? In June of 1986, QVIDA submitted a claim asserting that Canada had breached its lawful obligations under Canada's Specific Claims Policy by failing to comply with the provisions of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (the *Indian Act*) when it allowed PFRA to build control structures along the rivers and lakes of the Qu'Appelle Valley in the 1940s, which resulted in permanent flooding and alienation of their lands. In 1992, the Department of Indian and Northern Affairs Development (the DIAND) closed that claim due to a lack of activity on the file.

[27] In 1994, QVIDA asked the Indian Claims Commission (the ICC) to conduct an inquiry into the wrongful flooding of First Nations lands. As a result of that inquiry, the ICC found that the use and occupation of the reserve land for flooding could not be authorized under the *Indian Act* and that it had occurred without band consent. Canada validated the QVIDA flood claim based on the recommendation of the ICC, and a protocol accord was signed in August of 2000 to be used for the flood claim negotiations. But in 2003, negotiations broke down when the First Nations indicated that they would no longer allow the operation of the structures without annual compensation being paid. In the following months, a number of the First Nations broke away from the formal negotiation group and continued negotiations on their own accord. The respondents claim that the structure located on the Ochapowace First Nation lands has not operated since that time and that the Piapot First Nation has no structure that impacts it directly.

exclure d'emblée tous les renseignements qui ne concernent pas le rôle de la GRC ou celui de l'avocat du ministère de la Justice, comme le voudraient les défendeurs, car je suis disposé à admettre que les affidavits renferment effectivement un contexte historique qui n'est pas sans intérêt. La valeur de ces renseignements est néanmoins très limitée et sujette à caution, pour les divers motifs exposés dans les paragraphes qui précèdent.

[26] Cette parenthèse relative à la recevabilité de la preuve par affidavit étant fermée, quels sont donc les faits établis qui intéressent les points soulevés dans la présente procédure de contrôle judiciaire? En juin 1986, la QVIDA déposait une réclamation où elle alléguait que le Canada avait manqué à ses obligations aux termes de la politique sur les revendications particulières du Canada, parce qu'il ne s'était pas conformé aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la *Loi sur les Indiens*), lorsqu'il avait autorisé l'ARAP à construire des structures de régularisation des eaux le long des rivières et des lacs de la vallée Qu'Appelle durant la décennie 1940, structures qui avaient entraîné une submersion permanente et une aliénation des terres de réserve. En 1992, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le MAINC) classait cette réclamation vu que le dossier était resté en souffrance.

[27] En 1994, la QVIDA a demandé à la Commission des revendications des Indiens (la CRI) d'ouvrir une enquête sur la submersion injustifiée de terres des Premières nations. À l'issue de cette enquête, la CRI affirmait que l'utilisation et l'occupation des terres de réserve par submersion ne pouvaient pas être autorisées en vertu de la *Loi sur les Indiens* et que cela avait été fait sans le consentement des bandes concernées. Se fondant sur la recommandation de la CRI, le Canada a entériné le constat de submersion fait par la QVIDA, et un accord de protocole fut signé en août 2000. Cet accord devait servir aux négociations sur le préjudice causé par la submersion. Mais en 2003, les négociations ont été rompues lorsque les Premières nations firent savoir qu'elles n'autoriseraient plus la présence des structures sans bénéficier d'une indemnité annuelle. Au cours des mois qui suivirent, plusieurs des Premières nations se sont retirées du groupe officiel de négociations et ont poursuivi les négociations chacune de leur côté. Les défendeurs disent que la structure située sur les terres de

[28] From that point forward, the QVIDA negotiation group consisted of three bands, two of which are the applicant First Nations of Piapot and Ochapowace. In 2005, it appears that negotiations resumed with this QVIDA negotiation group involving INAC, PFRA and SWA, but have yet to result in a resolution.

[29] In March and May of 2005, the applicants Piapot First Nation and Ochapowace First Nation passed band council by-laws that create offences of trespass for the interference with the use of reserve land, including the flooding of land from external sources. The applicants alleged that the activities of the PFRA and the SWA are in contravention of these by-laws and of the *Criminal Code*.

[30] The RCMP were first involved in the dispute between QVIDA First Nations and Canada and Saskatchewan on September 6, 2002, when Supt. McFadyen met with representatives of QVIDA to hear about their complaints that PFRA employees attempted to access the Echo, Crooked and Round Lake structures. In a letter dated October 15, 2002, Supt. McFadyen advised QVIDA First Nations that PFRA was not entitled to enter onto the lands and that PFRA would comply with the First Nations direction not to trespass.

[31] Following the release of the EBA report in September, according to which there were significant problems with the water quality in the Qu'Appelle River Basin, a copy was provided to the RCMP and they were requested to confirm that PFRA would continue to not attempt access to First Nations lands without permission. On October 1, 2003, Supt. McFadyen confirmed that the RCMP's position regarding PFRA's trespass to First Nations lands remained the same, that PFRA was not entitled to enter the lands without consent, and indicated

la Première nation d'Ochapowace n'est pas exploitée depuis cette époque et que la Première nation de Piapot n'a aucune structure qui lui porte atteinte directement.

[28] À partir de là, le groupe de négociation de la QVIDA comprenait trois bandes, dont deux sont les Premières nations demanderesse, c'est-à-dire Piapot et Ochapowace. Il semble que, en 2005, les négociations ont repris avec le groupe de négociation de la QVIDA, formé du MAINC, de l'ARAP et de la SWA, mais qu'elles n'ont pas encore abouti.

[29] En mars et mai 2005, les demanderesse, c'est-à-dire la Première nation de Piapot et la Première nation d'Ochapowace, ont adopté, par l'entremise de leurs conseils de bande, des règlements administratifs qui établissent des infractions d'intrusion illicite, pour l'entrave à l'utilisation des terres de réserve, y compris l'infraction de submersion de terres à partir de sources externes. Les demanderesse affirmaient que les activités de l'ARAP et de la SWA sont contraires auxdits règlements administratifs, ainsi qu'au *Code criminel*.

[30] La GRC est à l'origine intervenue dans le différend entre les Premières nations membres de la QVIDA, d'une part, et le Canada et la Saskatchewan, d'autre part, le 6 septembre 2002, date à laquelle le surintendant McFadyen a rencontré les représentants de la QVIDA pour prendre connaissance de leurs plaintes selon lesquelles des employés de l'ARAP avaient tenté d'accéder aux structures d'Echo, de Crooked et de Round Lake. Par lettre datée du 15 octobre 2002, le surintendant McFadyen informait les Premières nations membres de la QVIDA que l'ARAP n'avait pas le droit de pénétrer sur les terres et qu'elle se conformerait à l'ordre des Premières nations de ne pas y pénétrer.

[31] À la suite de la publication du rapport du cabinet EBA en septembre, selon lequel la qualité de l'eau du bassin de la rivière Qu'Appelle était fort douteuse, une copie du rapport fut remis à la GRC, à qui il fut demandé de confirmer que l'ARAP continuerait de ne pas chercher à accéder sans autorisation aux terres des Premières nations. Le 1^{er} octobre 2003, le surintendant McFadyen confirmait que la position de la GRC concernant l'intrusion de l'ARAP sur les terres des Premières nations restait la même, que l'ARAP n'avait pas le droit de pénétrer sur

that the role of the RCMP is to prevent or respond to a breach of the peace between the parties, including property damage.

[32] On March 5 and April 23, 2004, QVIDA First Nations and their counsel met with the RCMP to discuss legal mechanisms to stop further alleged trespasses. On May 6, 2004, Supt. McFadyen recommended a strategy that the First Nations should follow in case of trespass: approach the trespassers, request that they leave, and give them time to vacate. If they return or do not leave, “charges will then be appropriate, and subject removed” (Exhibit CU2 of the affidavit of Ross Allary).

[33] In July 2005, the First Nations again met with representatives of the RCMP and requested an investigation into certain trespasses and other unlawful activity by PFRA. An information package was provided for that meeting to the RCMP, which includes a copy of the by-laws adopted by the First Nations, correspondence between the DIAND with respect to these by-laws, excerpts of an unidentified *Annotated Indian Act*, and various graphs and statistics relating to water management from the SWA. It is interesting to note that in the comments provided by the DIAND to the chiefs and councils with respect to the by-laws, their inapplicability to actions which occur outside of the reserve boundaries was explicitly raised (applicant’s record, Vol. VII, at pages 2443 and 2446).

[34] The outcome of the investigation requested in July 2005 was discussed in a further meeting that took place on March 30, 2006. That meeting was attended by representatives of the RCMP and of the QVIDA. Following that meeting, Sgt. Ré sent a letter to the First Nations on April 18, 2006, advising them that, based on the information provided, the RCMP would not be proceeding with charges.

[35] A follow-up meeting was held the next day between the First Nations and the RCMP; the trespass investigation was discussed and the First Nations objected to the

les terres sans autorisation, et que le rôle de la GRC était de prévenir, et de sanctionner, toute violation de la paix entre les parties, y compris les dommages aux biens.

[32] Le 5 mars et le 23 avril 2004, les Premières nations membres de la QVIDA et leurs avocats se sont réunis avec la GRC pour examiner les mécanismes juridiques qui permettraient de faire cesser les présumées intrusions. Le 6 mai 2004, le surintendant McFadyen a recommandé aux Premières nations la stratégie à suivre en cas d’intrusion illicite : aller trouver les intrus, leur demander de s’en aller et leur donner du temps pour quitter les lieux. S’ils reviennent ou s’ils refusent de s’en aller, « des accusations seront alors déposées, et les intrus seront expulsés » (pièce CU2 de l’affidavit de Ross Allary).

[33] En juillet 2005, les Premières nations ont à nouveau rencontré les représentants de la GRC, à qui elles ont demandé d’enquêter sur certaines intrusions et autres activités illicites de l’ARAP. Une trousse d’information a été remise à la GRC pour cette réunion, trousse qui comprenait un exemplaire des règlements administratifs adoptés par les Premières nations, la correspondance échangée entre elles et le MAINC à propos de ces règlements administratifs, des extraits d’une *Loi annotée sur les Indiens* qui n’a pas été identifiée, enfin divers graphiques et diverses statistiques provenant de la SWA et se rapportant à la gestion des eaux. Il est intéressant de souligner que, dans les commentaires adressés par le MAINC aux chefs et conseils à propos des règlements administratifs, leur inapplicabilité aux activités menées en dehors des frontières des réserves fut explicitement évoquée (dossier des demandeurs, vol. VII, aux pages 2443 et 2446).

[34] Le résultat de l’enquête demandée en juillet 2005 a été débattu au cours d’une autre réunion qui s’est déroulée le 30 mars 2006. À cette réunion ont assisté des représentants de la GRC et de la QVIDA. À la suite de la réunion, le sergent Ré a envoyé, le 18 avril 2006, aux Premières nations, une lettre les informant que, au vu des renseignements fournis, la GRC ne déposerait pas d’accusations.

[35] Une réunion complémentaire a eu lieu le lendemain entre les Premières nations et la GRC; l’enquête sur les intrusions y a été débattue et les Premières nations se

decision not to lay charges. A letter dated May 8, 2006 from QVIDA counsel to Sgt. Ré itemized the First Nations objections to the decision not to lay charges. On May 17, 2006, Insp. Lerat corresponded with QVIDA counsel and informed him that, on the basis of Sgt. Ré's investigation and advice from Chris Lafleur, Senior Counsel for the Department of Justice (Prairie Region), the RCMP had decided not to lay charges for trespass or other unlawful activity.

THE IMPUGNED DECISION

[36] While the decision that is the subject of the present application for judicial review is, formally speaking, that of Insp. Lerat which was communicated to counsel for the applicants on May 17, 2006, it is helpful to reproduce the previous letter of Sgt. Ré dated April 18, 2006. While a meeting took place between these two letters, as explained in the previous paragraph, it nevertheless provides helpful background into the decision not to lay charges. Indeed, the shorter letter of May 17 appears to be merely a confirmation of the previous letter.

[37] The letter from Sgt. Ré to Mr. Peigan, negotiator for the QVIDA, reads as follows:

On April 13th, 2006, Mr. Matthew Peigan attended the Regina Commercial Crime Section office and provided a statement to an investigator regarding allegations of trespassing by representatives from the Prairie Farm Rehabilitation Administration (PFRA) and Saskatchewan Watershed Authority (SWA). The evidence obtained from Mr. Peigan on behalf of QVIDA and other sources have been reviewed in conjunction with a legal opinion received from the Department of Justice (Canada).

Based on all the information gathered to this date we arrive at the following conclusions:

1) Piapot First Nation, Sakimay First Nation and Ochapowace First Nation developed each a set of bylaws which came into force during the summer of 2005. Letters used as "Notice of Violation" were sent by the three First Nations to PFRA and SWA alleging trespass by increase of waters upon the Piapot FN, Sakimay FN and Ochapowace FN. The Bylaws drafted by the three First Nations cannot be enforced due to the following:

sont opposées à la décision de la GRC de ne pas déposer d'accusations. Une lettre en date du 8 mai 2006, adressée par l'avocat de la QVIDA au sergent Ré, donnait le détail des objections des Premières nations à la décision de ne pas déposer d'accusations. Le 17 mai 2006, l'inspecteur Lerat écrivait à l'avocat de la QVIDA pour l'informer que, après enquête du sergent Ré et avis de Chris Lafleur, conseiller juridique principal au ministère de la Justice (Région des Prairies), la GRC avait décidé de ne pas déposer d'accusations pour intrusion ou autre activité illicite.

LA DÉCISION CONTESTÉE

[36] La décision qui fait l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire est, strictement parlant, celle de l'inspecteur Lerat qui fut communiquée à l'avocat des demandeurs le 17 mai 2006, mais il est utile de reproduire la lettre antérieure du sergent Ré, datée du 18 avril 2006. Une réunion a eu lieu entre les dates de ces deux lettres, comme je l'explique au paragraphe précédent, mais elle permet néanmoins de mettre en contexte la décision de la GRC de ne pas déposer d'accusations. La lettre plus brève du 17 mai semble d'ailleurs confirmer tout simplement la lettre antérieure.

[37] La lettre adressée par le sergent Ré à M. Peigan, négociateur agissant pour la QVIDA, est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] Le 13 avril 2006, M. Matthew Peigan s'est présenté aux bureaux de la Section des crimes commerciaux de Regina et a remis à un enquêteur un document faisant état d'intrusions commises par des représentants de l'Administration du rétablissement agricole des Prairies (ARAP) et de la Saskatchewan Watershed Authority (SWA). Les preuves reçues de M. Peigan au nom de la QVIDA et d'autres sources ont été examinées, et un avis juridique a été obtenu du ministère fédéral de la Justice.

Eu égard à l'ensemble des renseignements recueillis jusqu'à aujourd'hui, nous arrivons aux conclusions suivantes :

1) la Première nation de Piapot, la Première nation de Sakimay et la Première nation d'Ochapowace ont chacune élaboré un ensemble de règlements administratifs qui a pris effet au cours de l'été 2005. Des lettres tenant lieu d'« avis de contravention » ont été envoyées par les trois Premières nations à l'ARAP et à la SWA. Ces lettres alléguaient une intrusion prenant la forme d'un empiètement des eaux sur les terres des Premières nations concernées. Les règlements administratifs rédigés par les trois

- Bylaws passed under Section 81 of the Indian Act are limited to the geographical confines of the reserve.

- The definition of trespass used in the three Bylaws expands on the common law principle of trespass (one person's entering upon another's land without lawful justification). To refute the charge, the alleged trespasser would have to establish a lawful justification for being on the First Nation (If a civil servant carries out his/her duties on the First Nation, he/she is there for a lawful purpose pursuant to federal/provincial authority which supersedes the Bylaws i.e. Section 9(1) of The Prairie Farm Rehabilitation Act and Section 6(1) of The Saskatchewan Water Corporation Act).

- The Bylaws are outside the authority of the Indian Act because the general principles of common law trespass contemplate trespass by persons, not by inanimate things like water.

2) Consideration was also given to a possible charge of mischief pursuant to Section 430(1) of the Criminal Code if someone damaged First Nation's land by flooding. Again the aspects of legal justification and colour of right are covered as an exception in Section 429(2) of the Criminal Code. In view of the provisions included in The Prairie Farm Rehabilitation Act and The Saskatchewan Water Corporation Act, a prosecution under Section 430(1) cannot be pursued.

Based on the information gathered through our investigation, the R.C.M.P. cannot proceed with charges in the matter.

[38] As for the letter sent by Insp. Lerat to counsel for the applicants on May 17, 2006, the salient part of it simply states:

Sgt. Richard Ré, the investigator in this matter has completed this investigation and it has been determined that there is insufficient evidence to proceed with any charges related to Statutes of Canada, Province of Saskatchewan, or the By-law Enacted by the three First Nations. The sensitivity of these matters has not gone unnoticed, therefore consultation has

Premières nations ne peuvent pas être appliqués en raison de ce qui suit :

- Les règlements administratifs adoptés en vertu de l'article 81 de la Loi sur les Indiens se limitent aux frontières géographiques de la réserve.

- La définition de l'intrusion qui est employée dans les trois ensembles de règlements administratifs élargit le principe d'intrusion de common law (c'est-à-dire le principe selon lequel il y a intrusion lorsqu'une personne pénètre sur la terre d'une autre sans justification légale). Pour réfuter l'accusation, le présumé intrus devra établir une justification légale afin d'expliquer sa présence sur le territoire de la Première nation. (Si un fonctionnaire exerce ses fonctions sur le territoire de la Première nation, alors il s'y trouve licitement conformément à une disposition législative fédérale ou provinciale, qui l'emporte sur les règlements administratifs, à savoir le paragraphe 9(1) de la Loi sur le rétablissement agricole des Prairies et le paragraphe 6(1) de la Saskatchewan Water Corporation Act).

- Les règlements administratifs dépassent les pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens* parce que les principes généraux de l'intrusion en common law concernent l'intrusion par des personnes, non pas par des choses inanimées telles que l'eau.

2) On a également envisagé la possibilité de déposer une accusation de méfait, infraction prévue par le paragraphe 430(1) du Code criminel, s'il se trouve que quelqu'un a endommagé par submersion la terre d'une Première nation. Là encore, il y a impossibilité de poursuites, en application du paragraphe 429(2) du Code criminel, lorsqu'il y a justification légale ou apparence de droit. Au vu des dispositions de la Loi sur le rétablissement agricole des Prairies et de la Saskatchewan Water Corporation Act, il est impossible d'engager des poursuites en vertu du paragraphe 430(1) du Code criminel.

Eu égard aux renseignements recueillis à la faveur de notre enquête, la GRC ne peut pas déposer d'accusations dans cette affaire.

[38] Quant à la lettre envoyée par l'inspecteur Lerat à l'avocat des demandeurs le 17 mai 2006, sa partie essentielle renferme simplement ce qui suit :

[TRADUCTION] Le sergent Richard Ré, l'enquêteur dans cette affaire, a terminé cette enquête, et il est arrivé à la conclusion que la preuve ne justifie pas le dépôt d'accusations en vertu des Lois du Canada, des lois de la province de la Saskatchewan ou des règlements administratifs adoptés par les trois Premières nations. Le caractère sensible de ces affaires n'est pas passé

taken place with Mr. Chris LaFleur, Senior Counsel for Dept. of Justice/Prairie Region in Saskatoon. Mr. LaFleur has also drawn the same conclusions that there is no validity to pursuing charges for trespassing under the by-law.

It is the RCMP's responsibility to investigate any matters relating to statute offences. This does not preclude you or your organization from pursuing this matter on a civil basis.

THE ISSUES

[39] This application for judicial review essentially raises two fundamental issues: (1) Should the exercise of prosecutorial discretion by the RCMP be the subject of a judicial review, and if so, what is the appropriate standard upon which to review its decision not to lay charges? (2) If the decision of the RCMP is reviewable, have the applicants provided any evidence to meet the appropriate standard of review?

ANALYSIS

(1) Is judicial review available to control the exercise of prosecutorial discretion?

[40] There is no doubt that police and prosecutorial discretion is one of the cornerstones of our criminal justice system, allowing the enforcement of our criminal laws to adapt to individual circumstances and to the complexities of real life. This cardinal principle has been recognized time and again by our courts, and the Supreme Court of Canada has confirmed that such discretion is not inconsistent with the principles of fundamental justice entrenched in section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. As Justice La Forest (speaking for the Court) wrote in *R. v. Beare*; *R. v. Higgins*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pages 410-411:

The existence of the discretion conferred by the statutory provisions does not, in my view, offend principles of fundamental justice. Discretion is an essential feature of the criminal justice

inaperçu, et des consultations ont donc eu lieu avec M. Chris LaFleur, conseiller juridique principal au ministère de la Justice, Région des Prairies, à Saskatoon. M. LaFleur est lui aussi arrivé aux mêmes conclusions, affirmant qu'il n'est pas possible, selon le règlement administratif, d'engager des poursuites pour intrusion.

Il appartient à la GRC d'enquêter sur toute affaire portant sur des infractions aux lois. Cela ne vous empêche pas, vous ou votre organisation, d'envisager un recours civil.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[39] Cette demande de contrôle judiciaire soulève essentiellement deux points fondamentaux : 1) l'exercice, par la GRC, de son pouvoir discrétionnaire de poursuite est-il susceptible de contrôle judiciaire et, dans l'affirmative, quelle est la norme de contrôle à appliquer dans l'examen de la décision de la GRC de ne pas déposer d'accusations? 2) Si la décision de la GRC est susceptible de contrôle, les demandeurs ont-ils apporté une preuve qui réponde à la norme de contrôle applicable?

L'ANALYSE

1) L'exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuite est-il susceptible de contrôle judiciaire?

[40] Il ne fait aucun doute que le pouvoir discrétionnaire de la police et du ministère public d'intenter des poursuites constitue l'une des pierres angulaires de notre système de justice criminelle, puisqu'il permet d'adapter l'application de nos lois pénales aux circonstances individuelles et aux complexités de la vie réelle. Ce principe fondamental a été reconnu maintes fois par nos tribunaux, et la Cour suprême du Canada a confirmé que ce pouvoir discrétionnaire n'est pas incompatible avec les principes de justice fondamentale inscrits dans l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Comme l'écrivait le juge La Forest (s'exprimant au nom de la Cour suprême) dans l'arrêt *R. c. Beare*; *R. c. Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pages 410 et 411 :

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale. Le pouvoir discrétionnaire

system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

The *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion in any of these areas. The day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion.

[41] This discretion permeates the entire criminal process, from the initial investigation stage through to the conclusion of the trial, with the result that two persons having seemingly committed the same offence may well be treated differently: *R. v. Poirier*, [1989] M.J. No. 379 (Prov. Ct.) (QL), quoted with approval by L'Heureux-Dubé J. (for a unanimous Court) in *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749. Courts have been loath to intervene, except in the most exceptional circumstances, lest they be perceived to blur the line between the executive and the judicial functions.

[42] There are a number of rationales for not interfering with prosecutorial discretion, some of a theoretical nature and some others more practical. As just mentioned, separation of powers has often been invoked in support of the view that courts should not meddle with the administration of criminal law. This concern was most explicitly stated by Viscount Dilhorne in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), at page 511:

A judge must keep out of the arena. He should not have or appear to have any responsibility for the institution of a prosecution. The functions of prosecutors and of judges must not be blurred. If a judge has power to decline to hear a case because he does not think it should be brought, then it soon may be thought that the cases he allows to proceed are cases brought with his consent or approval.

est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

Le *Code criminel* ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans aucun de ces cas. L'application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[41] Ce pouvoir discrétionnaire imprègne la procédure criminelle tout entière, depuis l'étape initiale de l'enquête jusqu'à la clôture du procès, le résultat étant que deux personnes ayant apparemment commis la même infraction pourraient fort bien être traitées différemment : *R. v. Poirier*, [1989] M.J. n° 379 (C.P.) (QL), cité avec approbation par la juge L'Heureux-Dubé (qui rédigeait l'arrêt unanime de la Cour suprême du Canada) dans l'arrêt *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749. Les tribunaux répugnent à intervenir, sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles, de peur de paraître vouloir brouiller la ligne de démarcation entre pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire.

[42] Il y a plusieurs raisons pour les tribunaux de ne pas s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de poursuite, certaines de nature théorique et d'autres de nature plus pratique. Comme je viens de le mentionner, le principe de séparation des pouvoirs est souvent invoqué au soutien de l'idée selon laquelle les tribunaux ne doivent pas s'ingérer dans l'administration du droit criminel. Ce point a été très explicitement énoncé par le vicomte Dilhorne dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), à la page 511 :

[TRADUCTION] Un juge doit se tenir en dehors de l'arène. Il ne devrait prendre aucune part, ni paraître prendre aucune part, dans la décision d'engager ou non des poursuites. Les fonctions du ministère public et celles des juges ne doivent pas être confondues. Si un juge avait le pouvoir de refuser d'instruire une affaire parce que, d'après lui, elle n'aurait pas dû être portée devant la justice, alors le public serait vite tenté de croire que les affaires que le juge accepte d'instruire sont celles qui ont été portées devant la justice avec son consentement ou son approbation.

[43] This rationale, explicitly endorsed by the Supreme Court of Canada in *R. v. T. (V)*, at page 761, is supplemented by other, more practical considerations. As noted by the Supreme Court, if administrative-law principles were to be imported into the prosecutorial environment of the criminal law, judges would be called upon to review an innumerable number of decisions, including the decision to charge or not to charge, to prosecute or not to prosecute, to direct further investigation or not to direct further investigation or to withdraw or not withdraw a particular charge, which could in turn lead to the complete paralysis of the administration of the criminal law. Since the decision to investigate, to bring charges, to prosecute, to plea bargain or to appeal hinges upon a myriad of factors, judicial oversight of those decisions would also imply the review of masses of documents, and eventually reveal the Crown's policies and goals in the allocation of its resources and its overall enforcement priorities. Not only would this be at odds with the most basic premises of our constitutional arrangements, but it would also lead to a very inefficient administration of justice. The Supreme Court has dwelt at length on these various issues in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601 (*Power*). After quoting from her previous decision in *R. v. T. (V)*, Justice L'Heureux-Dubé went on to write, at pages 626-627:

The judicial review of prosecutorial discretion may also involve disclosure by the Crown of precise details about the process by which it decides to charge, to prosecute and to take other actions. Such a procedure could generate masses of documents to review and could eventually reveal the Crown's confidential strategies and preoccupations. For example, the confidential nature of the charging process serves important institutional functions, including rehabilitative goals and the goal of increasing general deterrence. The latter is met only by preventing the public from knowing which crimes will be given emphasis in enforcement . . .

Indeed, confidentiality permits prosecutors to employ flexible and multifaceted enforcement policies, while disclosure promotes inflexible and static policies which are not necessarily desirable.

[43] À ce raisonnement, explicitement confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. T. (V)*, à la page 761, s'ajoutent d'autres considérations, plus pratiques celles-là. Comme l'écrivait la Cour suprême, si les principes du droit administratif devaient être intégrés dans le contexte propre aux poursuites qui sont engagées dans le cadre de l'application du droit criminel, les juges seraient appelés à revoir une foule de décisions, notamment celle de déposer ou non des accusations, celle d'engager ou non des poursuites, celle d'ordonner ou non un complément d'enquête, ou celle de retirer ou non telle ou telle accusation, ce qui en définitive risquerait de conduire à la paralysie complète de l'administration de la justice pénale. Puisque la décision d'enquêter, de déposer des accusations, d'engager des poursuites, de négocier un plaidoyer ou d'interjeter appel dépend d'une foule de facteurs, un droit de regard des tribunaux sur les décisions de ce genre obligerait également les juges à revoir des masses de documents, et finalement à révéler les politiques de la Couronne ainsi que ses objectifs de répartition de ses ressources et ses priorités générales touchant les mesures d'exécution. Non seulement cela irait-il à l'encontre des principes les plus fondamentaux de nos arrangements constitutionnels, mais cela conduirait également à une très mauvaise administration de la justice. La Cour suprême s'est beaucoup attardée sur ces divers points dans l'arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601 (*Power*). Après avoir cité l'avis qu'elle avait rendu dans l'arrêt *R. c. T. (V)*, la juge L'Heureux-Dubé poursuivait ainsi, aux pages 626 et 627 :

Le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite peut également entraîner la divulgation par le ministère public de détails précis sur le processus par lequel il décide de porter des accusations, d'intenter des poursuites et de prendre d'autres mesures. Une telle procédure pourrait engendrer des masses de documents à revoir et risquerait en fin de compte de révéler les préoccupations et les stratégies confidentielles du ministère public. Par exemple, la nature confidentielle du processus d'accusation sert à d'importantes fonctions institutionnelles, dont les objectifs de réadaptation et celui de l'accroissement de la dissuasion générale. Ce dernier ne peut se réaliser que si le public ignore quels crimes feront l'objet d'une application soutenue de la loi [. . .]

De fait, la confidentialité permet aux poursuivants de recourir à des politiques d'application flexibles et diversifiées, alors que la divulgation ouvre la porte à des politiques inflexibles et statiques, qui ne sont pas nécessairement souhaitables.

Moreover, should judicial review of prosecutorial discretion be allowed, courts would also be asked to consider the validity of various rationales advanced for each and every decision, involving the analysis of policies, practices and procedure of the Attorney General. The court would then have to “second-guess” the prosecutor’s judgment in a variety of cases to determine whether the reasons advanced for the exercise of his or her judgment are a subterfuge

Such a situation would be conducive to a very inefficient administration of justice. Furthermore, the Crown cannot function as a prosecutor before the court while also serving under its general supervision. The court, in turn, cannot both supervise the exercise of prosecutorial discretion and act as an impartial arbitrator of the case presented to it. Judicial review of prosecutorial discretion, which would enable courts to evaluate whether or not a prosecutor’s discretion was correctly exercised, would destroy the very system of justice it was intended to protect

[44] This long review of the cases is no doubt more than sufficient to put to rest any notion that prosecutorial discretion should be subjected to judicial review like any other administrative decisions. It is true that the decision by the police to lay a charge does not come, strictly speaking, within the core elements of prosecutorial discretion, as defined by the Supreme Court in *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372. In that case, the Court enumerated the key elements of prosecutorial discretion as being the discretion whether to bring the prosecution of a charge laid by police, the discretion to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution, the discretion to accept a guilty plea to a lesser charge, and the discretion to withdraw from criminal proceedings altogether. The Court was quick, however, to mention that there are other discretionary decisions, thought not related to the office of the Attorney General.

[45] There is no doubt in my mind that the decision to lay a charge by a police officer must also be free from judicial interference, for the exact same reasons that Crown attorneys must be treated with deference when exercising their discretion. After all, the laying of a

En outre, si le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite était permis, les tribunaux seraient également priés de considérer la validité des différentes raisons avancées pour chaque décision, ce qui exigerait l’analyse des politiques, des pratiques et de la procédure du procureur général. Le tribunal devrait alors évaluer après coup la décision du ministère public dans bon nombre d’affaires pour déterminer si les motifs avancés pour justifier l’exercice de son jugement sont un subterfuge [. . .]

Une telle situation rendrait tout à fait inefficace l’administration de la justice. En outre, le ministère public ne peut fonctionner à titre de poursuivant devant le tribunal tout en étant également assujéti à sa surveillance générale. Pour sa part, le tribunal ne peut à la fois superviser l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et agir à titre d’arbitre impartial de l’affaire qui lui est soumise. Le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, qui permettrait aux tribunaux de considérer si oui ou non le pouvoir discrétionnaire du ministère public a été correctement exercé, détruirait le système de justice même qu’il est censé protéger [. . .]

[44] Ce long examen de la jurisprudence est sans aucun doute plus que suffisant pour que soit écartée l’idée selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de poursuite devrait être soumis à contrôle judiciaire comme toute autre décision administrative. Il est vrai que la décision de la police de déposer des accusations n’entre pas, à strictement parler, dans les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire de poursuite, selon la définition qu’en a donnée la Cour suprême dans l’arrêt *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372. Dans cette affaire, la Cour suprême énumérait ainsi les éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire de poursuite : le pouvoir discrétionnaire de donner suite ou non aux accusations déposées par la police, le pouvoir discrétionnaire d’inscrire un arrêt des procédures dans une poursuite privée ou une poursuite publique, le pouvoir discrétionnaire d’accepter un plaidoyer de culpabilité en réponse à une accusation moindre, et le pouvoir discrétionnaire d’abandonner purement et simplement les poursuites. La Cour suprême s’est toutefois empressée de mentionner qu’il y a d’autres décisions discrétionnaires, quoique non reliées à la charge de procureur général.

[45] Il n’y a aucun doute dans mon esprit que la décision d’un fonctionnaire de police de déposer une accusation doit également être à l’abri de toute ingérence judiciaire, pour les mêmes raisons précises qui font que la ligne de conduite adoptée par un procureur de la Couronne

charge is but the first step in setting in motion the judicial process. I find comfort in that view not only in the Supreme Court decisions already quoted, but also in a most recent judgment of the Ontario Court of Appeal in *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721. In that case, Justice Laskin (for the Court) put on par police and the Crown when it came time to assess their behaviour, at paragraph 113:

Our courts have long recognized that the effectiveness of our justice system depends on the police's operational discretion in investigating and enforcing violations of the law and the Crown's discretion in prosecuting these violations. Apart from instances of flagrant impropriety or civil actions for malicious prosecution, courts should not interfere with either police or prosecutorial discretion.

[46] Numerous decisions of this Court have applied the concept of prosecutorial discretion and, in keeping with the decisions of the Supreme Court of Canada, have refused to embark on a judicial review of an exercise of that discretion. These decisions recognize that courts should limit rather than extend their supervisory role over police discretion. This is particularly the case when the decision sought to be reviewed is purely discretionary and the statute does not provide any directions or limitations as to when, how and to what extent that discretion should be exercised: see, for ex., *Zhang v. Canada (Attorney General)*; (2006), 42 Admin. L.R. (4th) 300 (F.C.), upheld at (2007), 61 Admin. L.R. (4th) 99 (F.C.A.); *Winn v. Canada (Attorney General)* (1994), 28 Admin. L.R. (2d) 254 (F.C.T.D.); *O'Malley v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1259 (T.D.) (QL); *Stucky v. Canada (Attorney General)* (2004), 267 F.T.R. 203 (F.C.); *Labrador Métis Nation v. Canada (Attorney General)* (2005), 35 Admin. L.R. (4th) 239 (F.C.).

[47] It should be clear by now that the discretion enjoyed by the Crown and the police in the enforcement of the criminal law is nevertheless not absolute. The Supreme Court has made it clear, in all those decisions already referred to, that judges should intervene in cases

appelle la plus grande retenue de la part des cours de justice. Après tout, le dépôt d'accusations n'est que la première étape de la mise en mouvement du processus judiciaire. Je suis conforté dans cette manière de voir non seulement par les arrêts de la Cour suprême déjà cités, mais également par un arrêt tout récent de la Cour d'appel de l'Ontario, *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council* (2006), 82 O.R. (3d) 721. Dans cette affaire, le juge Laskin (s'exprimant pour la Cour d'appel de l'Ontario), considérait sur le même pied la police et la Couronne lorsque venait le temps d'évaluer leur comportement, au paragraphe 113 :

[TRADUCTION] Nos tribunaux reconnaissent depuis longtemps que l'efficacité de notre système de justice dépend du pouvoir discrétionnaire de la police d'enquêter sur les manquements à la loi et d'appliquer la loi, et dépend aussi du pouvoir discrétionnaire de la Couronne d'engager des poursuites contre les auteurs de tels manquements. Hormis les cas d'irrégularité flagrante ou les actions civiles pour poursuites abusives, les tribunaux ne doivent pas s'immiscer dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de police ou de poursuite.

[46] Dans de nombreux jugements, la Cour fédérale a appliqué la notion de pouvoir discrétionnaire de poursuite et, en accord avec les arrêts de la Cour suprême du Canada, a refusé d'entreprendre le contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Ces précédents reconnaissent que les tribunaux doivent restreindre, et non élargir, leur rôle de surveillance du pouvoir discrétionnaire de police. C'est le cas en particulier lorsque la décision administrative soumise à contrôle judiciaire est purement discrétionnaire et que la loi ne renferme aucune directive ou limite quant au mode d'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, qu'il s'agisse du moment où il peut être exercé, de la manière dont il peut l'être et dans quelle mesure il peut l'être : voir, par exemple, *Zhang c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 276, jugement confirmé par 2007 CAF 201; *Winn c. Canada (Procureur général)*, [1994] A.C.F. n° 1280 (1^{re} inst.) (QL); *O'Malley c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 1259 (1^{re} inst.) (QL); *Stucky c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1769; *Nation métisse du Labrador c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 939.

[47] On aura déjà constaté que le pouvoir discrétionnaire exercé par la Couronne et par la police dans la mise en application du droit criminel n'est toutefois pas absolu. La Cour suprême a souligné, dans tous les précédents déjà évoqués, que les juges se doivent d'intervenir dans

of flagrant impropriety or malicious prosecution. But the threshold to demonstrate that kind of improper behaviour will be very high. In leaving open that possibility in *Power*, Justice L'Heureux-Dubé made no mystery of the tall order that awaits those who seek the intervention of the courts in the following terms (at pages 615-616):

... courts have a residual discretion to remedy an abuse of the court's process but only in the "clearest of cases", which, in my view, amounts to conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention.

To conclude that the situation "is tainted to such a degree" and that it amounts to one of the "clearest of cases", as the abuse of process has been characterized by the jurisprudence, requires overwhelming evidence that the proceedings under scrutiny are unfair to the point that they are contrary to the interests of justice. ... Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute. Cases of this nature will be extremely rare.

[48] These comments have later been taken up to mean that something more than patent unreasonableness was required. In *Kostuch v. Alberta (Attorney General)* (1995), 174 A.R. 109, the Alberta Court of Appeal ruled that flagrant impropriety can only be established by proof of misconduct bordering on corruption, violation of the law, bias against or for a particular individual or offence. See also *R. v. Thiessen*, [2002] 8 W.W.R. 558 (Man. Q.B.).

[49] Enough has been said of police and prosecutorial discretion already, and there is no need to belabor the point any more. Before coming to a conclusion on the basis of these principles, however, a word must be said about the recent decision of the Supreme Court in *R. v. Beaudry*, [2007] 1 S.C.R. 190. Relying on that decision, counsel for the applicants forcefully argued at the hearing that the appropriate test to determine whether police discretion was properly exercised was twofold, and required both a subjective and objective analysis.

les cas d'irrégularité flagrante ou de poursuites abusives. Mais le seuil de la preuve exigée pour démontrer l'existence d'un cas de ce genre sera très élevé. Laissant ouverte cette possibilité dans l'arrêt *Power*, la juge L'Heureux-Dubé ne faisait pas mystère de la tâche considérable reposant sur les épaules de ceux qui recherchent dans les cas de ce genre l'intervention des tribunaux. Elle s'exprimait ainsi, aux pages 615 et 616 :

[...] les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire résiduel de remédier à un abus de la procédure de la cour, mais uniquement dans les « cas les plus manifestes », ce qui, à mon avis, signifie un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux.

Pour conclure que la situation est « à ce point viciée » et qu'elle constitue l'un des « cas les plus manifestes », tel que l'abus de procédure a été qualifié par la jurisprudence, il doit y avoir une preuve accablante que les procédures examinées sont injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice [...]. Si la preuve démontre clairement l'existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d'un acte si fautif qu'il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu'il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares.

[48] Ces propos ont plus tard été interprétés comme s'ils signifiaient qu'il fallait une décision qui soit plus que manifestement déraisonnable. Dans l'arrêt *Kostuch v. Alberta (Attorney General)* (1995), 174 A.R. 109, la Cour d'appel de l'Alberta a jugé que l'on ne peut établir une irrégularité flagrante qu'en apportant la preuve d'une inconduite frisant la corruption, d'une violation de la loi, d'une partialité contre quelqu'un ou en faveur de quelqu'un, ou d'une infraction. Voir aussi l'arrêt *R. c. Thiessen*, [2002] 8 W.W.R. 558 (B.R. Man.).

[49] J'en ai déjà assez dit sur le pouvoir discrétionnaire de la police ou du ministère public d'intenter des poursuites, et il ne m'est pas nécessaire de m'attarder davantage sur le sujet. Avant d'arriver à une conclusion fondée sur ces principes, cependant, je voudrais dire quelques mots sur un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, *R. c. Beaudry*, [2007] 1 R.C.S. 190. Invoquant cet arrêt, l'avocat des demandeurs a soutenu avec force à l'audience que le critère à appliquer pour savoir si le pouvoir discrétionnaire de la police a été valablement

[50] After having carefully considered that decision, I am of the view that it does not significantly alter the law governing prosecutorial and police discretion. Quite to the contrary, the Court reiterated that discretion was crucial in the administration of criminal justice. In that case, a police officer was charged with obstructing justice for deliberately failing to gather the evidence needed to lay criminal charges against another police officer. Despite having reasonable grounds to believe this other police officer had been operating a motor vehicle while intoxicated, Beaudry decided not to request a breathalyzer and not to prepare an impaired driving report, using his discretion to deal with the case otherwise than through prosecution.

[51] First of all, the facts underlying that decision are quite different from those with which I am seized in this application for judicial review. Beaudry was charged with obstructing justice not because he had not laid charges against another police officer (which, in any event, he could not have done in Quebec without the intervention of a Crown prosecutor), but because he had failed to collect the evidence necessary for the Crown prosecutor to exercise his discretion to prosecute or not, despite the fact that he had reasonable grounds to believe an offence had been committed. This is quite different from the situation here, where the RCMP did investigate and meet with the applicants before deciding not to lay charges.

[52] Secondly, the Court once again explicitly recognized a police officer's discretion not to engage the judicial process, even if he has reasonable grounds to believe an offence has been committed, or that a more thorough investigation might produce evidence that could form the basis of a criminal charge. The only caveat is that police officers must justify their decisions rationally, that is, both subjectively and objectively. The discretion will

exercé était un critère double qui appelait une analyse à la fois subjective et objective.

[50] J'ai lu attentivement cet arrêt, et je suis d'avis qu'il ne modifie pas sensiblement les règles régissant le pouvoir discrétionnaire de la police ou du ministère public d'intenter des poursuites. Bien au contraire, la Cour suprême a réaffirmé que le pouvoir discrétionnaire était essentiel pour l'administration de la justice pénale. Il s'agissait d'un fonctionnaire de police qui avait été accusé d'entrave à la justice pour avoir délibérément négligé de recueillir les preuves nécessaires au dépôt d'accusations criminelles contre un autre fonctionnaire de police. Bien qu'il eût des motifs raisonnables de croire que cet autre fonctionnaire de police avait été au volant d'un véhicule automobile alors qu'il était en état d'ébriété, l'agent Beaudry a décidé de ne pas le soumettre à l'alcootest et de ne pas dresser contre lui un rapport pour conduite en état d'ébriété, exerçant ainsi son pouvoir discrétionnaire de traiter l'affaire autrement que par des poursuites.

[51] En premier lieu, les circonstances à l'origine de cette décision sont très différentes de celles dont il s'agit dans la présente demande de contrôle judiciaire. L'agent Beaudry était accusé d'entrave à la justice non pas parce qu'il n'avait pas déposé d'accusations contre un autre fonctionnaire de police (ce que, en tout état de cause, il n'aurait pu faire au Québec sans l'intervention d'un procureur de la Couronne), mais parce qu'il n'avait pas recueilli les preuves nécessaires pour que le procureur de la Couronne fût en mesure d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'engager ou non des poursuites, alors qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise. C'est là une situation très différente de celle dont il s'agit ici, où la GRC a effectivement enquêté et a rencontré les demandeurs avant de décider de ne pas déposer d'accusations.

[52] Deuxièmement, la Cour suprême a encore une fois explicitement reconnu le pouvoir discrétionnaire d'un fonctionnaire de police de ne pas enclencher le processus judiciaire, quand bien même aurait-il des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou quand bien même une enquête plus approfondie produirait-elle des preuves pouvant constituer la base d'une accusation criminelle. La seule mise en garde est

be subjectively justified if it has been exercised honestly and transparently, and was not based on favouritism, or on cultural, social or racial stereotypes. As to the objective assessment, it will be based on a determination of what a police officer acting reasonably would do in the same situation.

[53] I fail to see how this requirement that decisions be capable of being justified rationally differs from the “flagrant impropriety” test. There is certainly no indication in the decision, which dealt first and foremost with a prosecution for obstructing justice, suggesting that the Court intended to lower the bar for judicial intervention when the exercise of police discretion is called into question. Indeed, counsel for the applicant himself submitted that the objective justification requirement will take into account the same considerations that are addressed by the flagrant-impropriety test. To be fair, he also argued that the only way to establish transparency and honesty, in the context of the subjective justification, was to provide the reasons for the decision. But there is no hint that the Court was prepared to go that far, and the compelling reasons not to go that route have already been canvassed earlier in these reasons.

[54] In light of the foregoing, I am therefore of the opinion that courts should be extremely reluctant to review an exercise of police or prosecutorial discretion, and should only do so in the clearest of cases, where flagrant impropriety can be demonstrated. In the present case, I am unable to find such an improper exercise of discretion in the decision of the RCMP not to lay charges. But before explaining briefly why the arguments raised by the applicants have failed to convince me, I need raise another concern pertaining to the jurisdiction of this Court to entertain an application for judicial review of such a decision.

que les fonctionnaires de police doivent justifier leurs décisions d’une manière rationnelle, c’est-à-dire à la fois sur le plan subjectif et sur le plan objectif. La manière dont le pouvoir discrétionnaire a été exercé sera justifiée sur le plan subjectif s’il a été exercé honnêtement et d’une manière transparente et s’il n’était pas fondé sur le favoritisme ou sur des stéréotypes culturels, sociaux ou raciaux. Quant à l’évaluation objective, il s’agira de savoir si un fonctionnaire de police doué de raison aurait agi de la même manière dans la même situation.

[53] J’ai du mal à voir en quoi la règle selon laquelle une décision doit pouvoir se justifier rationnellement diffère du critère de l’« irrégularité flagrante ». Cet arrêt, qui concernait d’abord et avant tout une poursuite pour entrave à la justice, ne renferme absolument rien qui laisse penser que la Cour suprême entendait abaisser le niveau à partir duquel les tribunaux sont fondés à intervenir lorsque l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la police est mis en doute. L’avocat des demandeurs a d’ailleurs dit lui-même que l’obligation de justifier objectivement la décision policière tiendra compte des mêmes facteurs que ceux dont il s’agit dans le critère de l’irrégularité flagrante. Rendons-lui cette justice, il a aussi prétendu que l’unique moyen d’établir la transparence et l’honnêteté de l’exercice du pouvoir discrétionnaire, dans le contexte de la justification subjective, était d’indiquer les motifs de la décision. Mais il n’apparaît nulle part que la Cour suprême était disposée à aller aussi loin, et les raisons incontournables qu’elle avait de ne pas s’engager dans cette voie ont déjà été examinées en détail plus haut dans les présents motifs.

[54] Compte tenu de ce qui précède, je suis donc d’avis que c’est avec une extrême circonspection que les tribunaux consentiront à revoir l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la police ou du ministère public d’intenter des poursuites, et qu’ils n’y consentiront que dans les cas les plus évidents, lorsque peut être démontrée une irrégularité flagrante. En l’espèce, il m’est impossible de discerner dans la décision de la GRC de ne pas déposer d’accusations l’exercice irrégulier d’un pouvoir discrétionnaire. Mais, avant d’expliquer brièvement pourquoi les arguments invoqués par les demandeurs ne m’ont pas convaincu, je voudrais soulever un autre point se rapportant au pouvoir de la Cour d’instruire une demande de contrôle judiciaire à l’encontre d’une telle décision.

[55] In a decision released May 29, 2007 [*Canada (Deputy Commissioner, RCMP) v. Canada (Attorney General)*], [2008] 1 F.C.R. 752 (F.C.), my colleague Justice Tremblay-Lamer addressed the issue of the jurisdiction of this Court to entertain an application for judicial review in the course of a criminal investigation by the RCMP. That investigation was conducted to determine whether the applicant contravened section 131 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 17] of the *Criminal Code*, and section 12 of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1, during her appearance before the Public Accounts Committee. After having stressed that the Federal Court has no inherent jurisdiction, she focused on the first leg of the test set out in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766 to determine whether it has jurisdiction in a particular instance. As will be remembered, the first condition to be met is that there must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament. That means, in that specific case, that the applicant had to establish an express or implied grant of jurisdiction which authorizes the Federal Court to quash and declare invalid a criminal investigation.

[56] The only possible source of jurisdiction was section 18.1 of the Act, which confers jurisdiction to review decisions made by “a federal board, commission or other tribunal” [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 15], as these entities are defined in subsection 2(1) of the same Act. After reviewing the legislation and the case law on the subject, Justice Tremblay-Lamer came to the conclusion that the decision to initiate a criminal investigation cannot be properly characterized as a decision by a “federal board, commission or other tribunal”. In her view, police officers are independent from the Crown when conducting criminal investigations, and their powers have their foundation in the common law. Being independent of the control of the executive, they cannot be assimilated to a “federal board, commission or other tribunal”. I fully agree with this most compelling analysis of my colleague.

[57] In the result, this application for judicial review could be dismissed on the sole ground that this Court does not have the jurisdiction to entertain it. But as

[55] Dans un jugement publié le 29 mai 2007 [*Canada (Sous-commissaire, GRC) c. Canada (Procureur général)*], [2008] 1 R.C.F. 752 (C.F.), ma collègue la juge Tremblay-Lamer examinait le pouvoir de la Cour d'instruire une demande de contrôle judiciaire dans le cadre d'une enquête criminelle menée par la GRC. Par cette enquête, la GRC voulait savoir si la demanderesse avait contrevenu à l'article 131 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 17] du *Code criminel*, et à l'article 12 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1, lorsqu'elle avait comparu devant le Comité des comptes publics. Après avoir souligné que la Cour fédérale n'a aucune compétence intrinsèque, la juge Tremblay-Lamer a concentré son attention sur le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766, pour savoir si la Cour fédérale a compétence dans un cas donné. Comme on s'en souviendra, la première condition à remplir est qu'il doit y avoir attribution de compétence par le Parlement fédéral. Cela signifie que, dans ce précédent, la demanderesse devait établir que le Parlement fédéral avait, expressément ou implicitement, conféré à la Cour fédérale le pouvoir d'annuler une enquête criminelle et de la déclarer invalide.

[56] L'unique source possible de compétence était l'article 18.1 de la Loi, en vertu duquel la Cour fédérale a compétence pour revoir les décisions prises par « un office fédéral » [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 15], selon la définition que donne de cette expression au paragraphe 2(1) de la même Loi. Après examen de la législation et de la jurisprudence sur le sujet, la juge Tremblay-Lamer est arrivée à la conclusion que la décision d'entreprendre une enquête criminelle ne saurait être valablement qualifiée de décision d'un « office fédéral ». Selon elle, les agents de police sont indépendants de la Couronne lorsqu'ils mènent des enquêtes criminelles, et leurs pouvoirs procèdent de la common law. Étant à l'abri du droit de regard de l'exécutif, ils ne peuvent pas être assimilés à un « office fédéral ». Je souscris pleinement à cette analyse de ma collègue, une analyse tout à fait convaincante.

[57] En définitive, la présente demande de contrôle judiciaire pourrait être rejetée pour la seule raison que la Cour n'a pas compétence pour l'instruire. Mais, comme

already mentioned, even if I were to proceed on the assumption that a decision not to lay charges by the RCMP can properly be the subject of an application pursuant to section 18.1 of the Act, I can find nothing in the conduct of the RCMP officers involved in the investigation that meets the flagrant impropriety test mentioned earlier.

(2) Have the applicants provided any evidence of flagrant impropriety?

[58] The applicants have based their allegations of impropriety on a number of assertions. They argued that the RCMP did not take into account their Aboriginal rights, treaty rights and the fiduciary duty owed to the First Nations. They also claimed that the legal counsel who attended a meeting involving the First Nations and the potential accused placed himself in a conflict of interest position when he was later consulted by an RCMP inspector in relation to the decision to decline to lay charges. After having carefully reviewed the evidence submitted by the applicants, I find that it does not bear out their allegations and certainly does not indicate any behaviour or conduct even coming close to the level of flagrant impropriety.

[59] I have been unable to find any specific mention of assistance being provided by the RCMP in Treaty No. 4. There is simply no authority to support the view that there is an established or even a potential treaty right of First Nations to assistance from the RCMP. The applicants have pointed to the text of Treaty No. 4 where First Nations chiefs promised to maintain peace and good order within the First Nation, between their First Nation and other First Nations, and between their First Nation and other subjects of the Queen. They argue that this amounts to an obligation on both the First Nations and the Crown to maintain peace and good order and the instrument to do so is the RCMP.

[60] Even recognizing that words in a treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at paragraph 54), I fail to see how this mutual policing requirement could translate into an

je l'ai déjà mentionné, même si je devais partir du principe que la décision de la GRC de ne pas déposer d'accusations peut valablement être l'objet d'une demande en application de l'article 18.1 de la Loi, je ne trouve, dans la conduite des agents de la GRC qui ont mené l'enquête, aucun élément qui remplisse le critère susmentionné de l'irrégularité flagrante.

2) Les demandeurs ont-ils apporté la preuve d'une irrégularité flagrante?

[58] Les demandeurs ont fondé leurs allégations d'irrégularité sur plusieurs affirmations. Ils ont fait valoir que la GRC n'a pas pris en compte leurs droits ancestraux, leurs droits issus de traités et l'obligation fiduciaire dont les Premières nations sont créancières. Ils ont aussi prétendu que l'avocat présent à une réunion à laquelle assistaient les Premières nations et l'éventuelle accusée s'était placé dans une situation de conflit d'intérêts lorsqu'il fut plus tard consulté par un inspecteur de la GRC à propos de la décision de refuser de déposer des accusations. Après examen attentif des preuves produites par les demandeurs, je suis d'avis que ces preuves ne confirment pas leurs allégations et à coup sûr ne révèlent aucun comportement ni aucune conduite se rapprochant tant soit peu d'une irrégularité flagrante.

[59] Je n'ai pu trouver dans le Traité n° 4 aucune mention précise d'une aide qui serait apportée par la GRC. Il n'existe tout simplement aucun texte ni aucun précédent permettant d'affirmer que les Premières nations ont un droit établi, voire potentiel, à une aide de la GRC. Les demandeurs ont signalé le texte du Traité n° 4, dans lequel les chefs des Premières nations promettaient de préserver la paix et l'ordre au sein de la Première nation, entre leur Première nation et d'autres Premières nations, et entre leur Première nation et les autres sujets de la Reine. Ils font valoir que cela équivaut, à la fois pour les Premières nations et pour la Couronne, à une obligation de préserver la paix et l'ordre, et que le moyen d'y parvenir est la GRC.

[60] Quand bien même admettrais-je que les mots d'un traité ne doivent pas être interprétés d'une manière strictement technique, ni être soumis aux règles modernes et rigides d'interprétation (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, au paragraphe 54), j'ai du mal à voir comment cette

undertaking from the RCMP to exercise its police discretion in such a way so as to favour the applicants or provide them with some police priority. I agree with the respondents that such a broad and general statement cannot be interpreted as impacting the most intricate details of day-to-day policing such as the decision by police to decline the laying of charges. Not only would that be totally inappropriate, but there is absolutely no evidence that this was the understanding between the parties at the time the Treaty No. 4 was entered into. Apart from an argumentative paragraph in both affidavits submitted by the applicants (the text of which is identical in every respect) asserting a treaty promise to assistance from the “red coats”, there is absolutely no support for that alleged right.

[61] As for an alleged Aboriginal right to assistance owed by the RCMP to the applicants, it is unclear from the applicants' material what the exact basis for this right is and where it can be found. The elements of proof of Aboriginal rights were set out by the Supreme Court in *Van der Peet* and the tests were recently summarized by the Supreme Court in *Mitchell*, where the Court stated, at paragraph 12:

Stripped to essentials, an aboriginal claimant must prove a modern practice, tradition or custom that has a reasonable degree of continuity with the practices, traditions or customs that existed prior to contact. The practice, custom or tradition must have been “integral to the distinctive culture” of the aboriginal peoples, in the sense that it distinguished or characterized their traditional culture and lay at the core of the peoples' identity. It must be a “defining feature” of the aboriginal society, such that the culture would be “fundamentally altered” without it. It must be a feature of “central significance” to the peoples' culture, one that “truly made the society what it was” (*Van der Peet, supra*, at paras. 54-59 (emphasis in original)). This excludes practices, traditions and customs that are only marginal or incidental to the aboriginal society's cultural identity, and emphasizes practices, traditions and customs that are vital to the life, culture and identity of the aboriginal society in question.

obligation réciproque d'assurer la paix et l'ordre pourrait se traduire par un engagement de la GRC d'exercer son pouvoir discrétionnaire de police de manière à favoriser les demandeurs ou à leur conférer une priorité en matière policière. Je suis d'accord avec les défendeurs qu'un énoncé aussi étendu et aussi général ne saurait être interprété d'une manière propre à modifier le déroulement des activités policières quotidiennes, par exemple la décision de la police, dans un cas donné, de ne pas procéder au dépôt d'accusations. Non seulement cela serait-il totalement incongru, mais il n'est absolument pas établi que c'était là l'entente conclue entre les parties à l'époque où fut conclu le Traité n° 4. Hormis un paragraphe truffé d'arguments figurant dans les deux affidavits produits par les demandeurs (et dont les textes sont identiques à tous égards), paragraphe qui fait état d'une promesse des « tuniques rouges », faite dans le traité, qu'elles apporteront leur aide, il n'y a absolument rien pour étayer ce prétendu droit.

[61] Quant au présumé droit ancestral des demandeurs à une assistance de la part de la GRC, on ne sait trop, à la lecture des documents des demandeurs, quel est le fondement exact de ce droit, ni où on peut le trouver. Les éléments permettant de prouver l'existence des droits ancestraux ont été exposés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Van der Peet*, et les conditions ont récemment été résumées de la manière suivante par elle dans l'arrêt *Mitchell*, au paragraphe 12 :

Au strict essentiel, le demandeur autochtone doit établir l'existence d'une pratique, tradition ou coutume moderne qui a un degré raisonnable de continuité avec les pratiques, traditions ou coutumes qui existaient avant le contact avec les Européens. La pratique, coutume ou tradition doit avoir « fait [...] partie intégrante de la culture distinctive » autochtone, au sens où elle doit avoir distingué ou caractérisé leur culture traditionnelle et avoir été au cœur de leur identité. Elle doit être une « caractéristique déterminante » de la société autochtone, de sorte que la culture en cause serait « fondamentalement modifiée » sans elle. Il doit s'agir d'une caractéristique qui a une « importance fondamentale » dans la culture du peuple autochtone, qui « véritablement faisait de la société ce qu'elle était » (*Van der Peet, précité*, par. 54-59; souligné dans l'original). Cela exclut les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont seulement marginales ou d'importance secondaire pour l'identité culturelle de la société autochtone, et met l'accent sur les pratiques, les traditions et les coutumes qui sont nécessaires à la vie, à la culture et à l'identité de la société autochtone en question.

As already mentioned in relation to the alleged treaty right, there is simply no evidence providing a foundation based on these factors to support such a right to assistance from the RCMP.

[62] Finally, the applicants allege further that the RCMP, as an organ of the Crown, owe a fiduciary duty toward First Nations people which would require them to act in the best interests of the First Nations. They go as far as saying (at paragraph 59 of their factum) that, “[e]ven if the RCMP found evidence of unlawful conduct but decided within the scope of their discretion that laying charges against the Crown would be somehow ‘inappropriate’, the fiduciary duty owed to the First Nations requires the RCMP to give more respect to the First Nations’ position.”

[63] There are several problems with that proposition. First of all, the established fiduciary duty owed by the Crown to First Nations people is not extended to the RCMP as the RCMP is not, as previously discussed, an organ of the Crown. An RCMP officer investigating a crime and acting under his or her police discretion in the course of a criminal investigation occupies a public office and is not acting as a government agent. The status of the RCMP officer in the course of a criminal investigation is independent of the control of the executive. An RCMP officer is not subject to political discretion and is not to be considered a servant or agent of the Crown while engaged in a criminal investigation.

[64] Moreover, fiduciary duties are generally understood to arise in the context of private law duties and obligations. As Dickson J. [as he then was] said in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, at page 385, “[i]t should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship.” The criminal process is not the preserve of any one individual, Aboriginal or otherwise. The fundamental consideration in any decision regarding prosecution of criminal offences is the public interest. While it is not entirely clear to me what the

Comme je l’ai déjà dit à propos du présumé droit issu du traité, il n’existe tout simplement, compte tenu de ces facteurs, aucune preuve susceptible d’attester l’existence d’un tel droit à une aide de la GRC.

[62] Finalement, les demandeurs affirment aussi que la GRC, en tant qu’organe de la Couronne, a envers les Premières nations une obligation fiduciaire qui l’obligerait à agir dans l’intérêt des Premières nations. Ils vont jusqu’à dire (au paragraphe 59 de leur mémoire) que [TRADUCTION] « même si la GRC trouvait la preuve d’une conduite illégale, mais estimait, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, que le dépôt d’accusations contre la Couronne serait de quelque manière “incongru”, l’obligation fiduciaire de la Couronne envers les Premières nations oblige la GRC à accorder préséance à la position des Premières nations ».

[63] C’est là une proposition qui suscite plusieurs difficultés. D’abord, l’obligation fiduciaire établie à laquelle la Couronne est soumise envers les Premières nations ne s’étend pas à la GRC, car la GRC n’est pas, comme je l’ai mentionné plus haut, un organe de la Couronne. Un agent de la GRC qui enquête sur un acte criminel et qui exerce son pouvoir discrétionnaire de police dans le cadre d’une enquête criminelle occupe une charge publique et n’agit pas en tant qu’agent de l’État. Le statut de l’agent de la GRC au cours d’une enquête criminelle est indépendant du contrôle de l’exécutif. Un agent de la GRC n’est pas subordonné au pouvoir politique et ne doit pas être considéré comme un préposé ou un mandataire de la Couronne lorsqu’il mène une enquête criminelle.

[64] Par ailleurs, il est généralement admis que les obligations fiduciaires sont des obligations de droit privé. Comme l’écrivait le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l’arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la page 385, « [i] nous faut remarquer que, de façon générale, il n’existe d’obligations de fiduciaire que dans le cas d’obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l’acquittement nécessite l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire ». La procédure criminelle n’est pas le domaine réservé de quiconque, autochtone ou non. La considération fondamentale, dans toute décision portant

applicants mean when they claim that First Nations position should be given “more respect,” it certainly cannot be equated to any kind of preferential treatment when comes the time to decide whether charges should be laid in a specific instance. As Justice Binnie wrote in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, at paragraph 96:

When exercising ordinary government powers in matters involving disputes between Indians and non-Indians, the Crown was (and is) obliged to have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest. The Crown can be no ordinary fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting. . . .

[65] In other words, short of any evidence of flagrant impropriety in coming to its conclusion not to lay charges, the RCMP cannot be faulted for its conduct. In fact, the RCMP investigated the allegations made by the applicants and provided them with ample opportunity to present their concerns, allegations and supporting material. Members of the RCMP met with members of the applicants’ bands on numerous occasions. Well aware of the sensitivity of the issues, a legal opinion was sought from the Department of Justice. Indeed, the reasons for not laying charges are fleshed out in Sgt. Ré’s letter of April 18, 2006; these reasons, far from being flimsy, appear to be cogent and principled. There is no proof of bias against the applicants or even of systemic discrimination in the treatment of First Nations’ allegations of unlawful conduct. Accordingly, I can find no evidence of impropriety in the decision reached by the RCMP not to proceed with charges in relation to the allegations made by the applicants.

[66] Finally, the applicants alleged that the RCMP acted improperly when the officer making the decision whether to lay charges sought legal advice from the office of the Attorney General of Canada because that

sur la poursuite des auteurs d’infractions criminelles, est l’intérêt public. Je ne vois pas très bien ce que les demandeurs veulent dire lorsqu’ils prétendent qu’un « plus grand respect » devrait être accordé à la position des Premières nations, mais un tel respect ne saurait nullement être assimilé à un quelconque traitement préférentiel lorsque vient le temps de décider si des accusations devraient être déposées dans un cas donné. Ainsi que l’écrivait le juge Binnie dans l’arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, au paragraphe 96 :

Dans l’exercice de ses pouvoirs ordinaires de gouvernement dans le cadre de différends opposant des Indiens et des non-Indiens, la Couronne avait (et a encore) l’obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non pas seulement les intérêts des Indiens. La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont inmanquablement opposés [. . .]

[65] Autrement dit, si on n’a pas la preuve que la GRC a commis une irrégularité flagrante en arrivant à sa décision de ne pas déposer d’accusations, elle ne saurait être blâmée d’être arrivée à telle décision. En fait, la GRC a enquêté sur les allégations des demandeurs et leur a amplement donné l’occasion d’exposer leurs incertitudes et de présenter leurs allégations, documents à l’appui. Les représentants de la GRC ont rencontré à plusieurs reprises les représentants des bandes des demandeurs. Très consciente de la sensibilité des points soulevés, la GRC a obtenu un avis juridique du ministère de la Justice. Les raisons qu’elle avait de ne pas déposer d’accusations sont d’ailleurs étoffées dans la lettre du sergent Ré en date du 18 avril 2006. Ces raisons, loin d’être minces, semblent convaincantes et structurées. Il n’y a aucune preuve de partialité de la GRC envers les demandeurs, ni même de discrimination systémique dans la manière dont les accusations de conduite illégale faites par les Premières nations ont été traitées. Par conséquent, je ne puis trouver aucune preuve d’irrégularité dans la décision de la GRC de ne déposer aucune accusation suite aux allégations des demandeurs.

[66] Finalement, les demandeurs disent que la GRC a agi d’une manière fautive lorsque l’agent qui se demandait s’il fallait ou non déposer des accusations a sollicité un avis juridique de la part du bureau du procureur général

counsel had already provided legal representation to the PFRA. I can see no merit in this submission, as there is no shred of evidence that the legal counsel in question placed himself in a conflict of interest position.

[67] The only evidence in support of the applicants' allegation of impropriety is an attendance sheet for the January 19, 2006 meeting that indicates Mr. Lafleur, the Justice counsel, attended the meeting, and the correspondence from the RCMP inspector (reproduced at paragraph 38 of these reasons) indicating to the applicants that consultation took place with Mr. Lafleur and that he drew the same conclusions that there is no validity in pursuing charges for trespassing.

[68] On the other hand, Mr. Woodvine testifies in his affidavit that Mr. Lafleur attended the negotiation meeting as legal counsel for the Regional Office of the DIAND, and that his role was to provide assistance to all parties in the implementation of any settlement reached. He also attested that at no time did Mr. Lafleur provide legal advice to the PFRA on a solicitor/client basis. Throughout the negotiations, the PFRA apparently obtained its legal advice from counsel of the Department of Justice other than Mr. Lafleur.

[69] Even if I were to disregard this evidence and accepted that Mr. Lafleur did not merely act as a neutral counsel for all parties but was providing advice to the entire federal negotiating team, as the applicants would have me believe, I still cannot find any basis for concluding that he was in a conflict of interest situation and that the RCMP acted improperly in consulting him. It is well established that the Department of Justice and the legal counsel through whom it acts have a dual mandate. This mandate derives from the dual role of the Minister of Justice, who also happens to be the Attorney General of Canada.

[70] In support of the Minister of Justice, the Department of Justice is responsible for providing policy and program advice and direction through the development of the legal content of bills, regulations and guidelines. In support of the Attorney General, the Department of Justice is responsible for prosecuting federal offences across Canada,

du Canada, et cela parce que l'avocat concerné avait déjà donné un avis juridique à l'ARAP. Je ne vois aucun bien-fondé dans cet argument, car il n'y a pas la moindre preuve que l'avocat concerné s'est trouvé dans une situation de conflit d'intérêts.

[67] L'unique preuve au soutien de l'irrégularité alléguée par les demandeurs est une feuille de présence, établie pour la réunion du 19 janvier 2006, qui révèle que M. Lafleur, l'avocat du ministère de la Justice, a assisté à la réunion, et également la correspondance reçue de l'inspecteur de la GRC (reproduite au paragraphe 38 des présents motifs), qui informe les demandeurs que des consultations ont eu lieu avec M. Lafleur et que celui-ci est arrivé à la même conclusion selon laquelle le dépôt d'accusations d'intrusion ne serait pas valide.

[68] M. Woodvine écrit quant à lui dans son affidavit que M. Lafleur a assisté à la réunion de négociation en tant que conseiller juridique du bureau régional du MAINC et que son rôle consistait à aider toutes les parties à mettre en œuvre tout éventuel compromis. Il a aussi témoigné que, à aucun moment, M. Lafleur n'a donné d'avis juridique à l'ARAP en tant qu'avocat de l'ARAP. Tout au long des négociations, l'ARAP a semblé-t-il obtenu ses avis juridiques de la part d'un avocat du ministère de la Justice qui n'était pas M. Lafleur.

[69] Même si je devais laisser de côté cette preuve et admettre que M. Lafleur n'agissait pas simplement comme représentant neutre de toutes les parties, mais donnait des avis à l'ensemble de l'équipe fédérale de négociation, comme le prétendent les demandeurs, il m'est encore impossible de conclure qu'il se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts et que la GRC a agi d'une manière fautive en le consultant. Il est bien établi que le ministère de la Justice et les conseillers juridiques par l'entremise desquels il agit exercent un double mandat. Ce mandat procède du double rôle du ministre de la Justice, lequel est également le procureur général du Canada.

[70] Au soutien du ministre de la Justice, il appartient au ministère de la Justice de donner des avis et directives en matière de politiques et de programmes, en contribuant à l'élaboration du contenu juridique des projets de loi, des règlements et des lignes directrices. Au soutien du procureur général, il appartient au ministère de la Justice

litigating civil cases and for providing legal advice to federal law enforcement agencies and other government departments. The recent creation of the Office of the Director of Public Prosecutions [*Director of Public Prosecutions Act*] as part [being Part 3] of the *Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9, section 121, removing the Federal Prosecution Service from the Department of Justice, will if anything strengthen the independence of Crown prosecutors but there is no evidence to suggest it was designed to prevent a Department of Justice counsel from providing legal advice to a prosecutor. In any event, I can find nothing in Mr. Lafleur's previous involvement in the negotiations between QVIDA, PFRA, SWA and the DIAND that could have barred him from providing advice to the RCMP, and there is certainly no evidence that his conduct smacks of bias, let alone of flagrant impropriety.

[71] For all of the foregoing reasons, I would dismiss this application for judicial review.

ORDER

THIS COURT ORDERS that :

- The application for judicial review is dismissed.

de poursuivre les auteurs d'infractions aux lois fédérales dans tout le Canada, de représenter la Couronne dans les procès civils et de donner des avis juridiques aux agences fédérales d'application de la loi et aux ministères fédéraux. La mise sur pied récente du Bureau du directeur des poursuites pénales [*Loi sur le directeur des poursuites pénales*], dans le cadre [qui constitue la partie 3] de la *Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9, article 121, une instance autonome qui a pris le relais de l'ancien Service fédéral des poursuites du ministère de la Justice, renforcera certainement l'indépendance des procureurs de la Couronne, mais rien ne permet d'affirmer que cette instance a été conçue pour empêcher un avocat du ministère de la Justice de donner des avis juridiques à un poursuivant. En tout état de cause, je ne vois, dans la participation antérieure de M. Lafleur aux négociations tenues entre la QVIDA, l'ARAP, la SWA et le MAINC, aucun élément qui aurait pu l'empêcher de donner des avis à la GRC, et rien ne permet d'affirmer que sa conduite est entachée de partialité, encore moins d'irrégularité flagrante.

[71] Pour tous les motifs susmentionnés, je suis d'avis de rejeter cette demande de contrôle judiciaire.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que :

- la demande de contrôle judiciaire soit rejetée.