

T-2283-92

Native Women's Association of Canada, Gail Stacey-Moore and Sharon McIvor (*Applicants*)

v.

Her Majesty the Queen, The Right Honourable Brian Mulroney and The Right Honourable Joe Clark (*Respondents*)

and

The Assembly of First Nations, The Native Council of Canada, The Métis National Council and The Inuit Tapirisat of Canada (*Intervenors*)

*INDEXED AS: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA v. CANADA (T.D.)**

Trial Division, Strayer J.—Ottawa, October 13, 14 and 16, 1992.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Application for injunctions under Charter, s. 24 prohibiting continuation of discussions between respondents and native organizations until NWAC entitled to participate in constitutional review process on equal terms and prohibiting respondents from proceeding with referendum on constitutional reform — Applicants relying on F.C.A. declaration re: violations of NWAC's rights — Whether rationale of F.C.A. decision applicable to process after date of judgment — With whom governments should consult in constitutional amendment development not justiciable issue — Charter, s. 32(1) not applying to constitutional amendment as not "matter" within authority of Parliament or provincial legislatures — Claims for injunctions struck out as disclosing no reasonable cause of action, abuse of process.

Elections — Referendum on constitutional reform based on Charlottetown Accord — Native Women's Association seeking injunction prohibiting conduct of referendum — Complaint that not included in governmental consultations leading to Accord

* Editor's Note: The appeal from this order was dismissed in a two-page decision, digested at [1993] 1 F.C. D-4 (C.A.); the cross-appeal attacking the decision not to strike out the claim for damages in the statement of claim was allowed in part in that same decision.

T-2283-92

Native Women's Association of Canada, Gail Stacey-Moore et Sharon McIvor (*requérantes*)

a c.

Sa Majesté la Reine, le Très Honorable Brian Mulroney et le Très Honorable Joe Clark (*intimés*)

b

et

L'Assemblée des premières nations, le Conseil national des autochtones du Canada, le Ralliement national des Métis et l'Inuit Tapirisat du Canada (*intervenants*)

c

*RÉPERTORIÉ: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA c. CANADA (re INST.)**

d

Section de première instance, juge Strayer—Ottawa, 13, 14 et 16 octobre 1992.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Demande fondée sur l'art. 24 de la Charte en vue d'obtenir des injonctions interdisant la continuation des discussions entre les intimés et des organisations autochtones tant que la NWAC ne se verra pas accorder le droit de participer au processus de révision de la Constitution au même titre que ces autres groupements, et interdisant aux intimés de procéder au référendum sur la réforme constitutionnelle — Les requérantes invoquent le jugement déclaratoire rendu par la C.A.F. concernant certaines violations des droits de la NWAC — Le raisonnement du jugement de la C.A.F. s'applique-t-il au processus qui s'est déroulé après la date du jugement? — La question de savoir qui les gouvernements devraient consulter durant l'élaboration des modifications constitutionnelles échappe à la compétence des tribunaux — L'art. 32(1) de la Charte ne s'applique pas à une modification constitutionnelle puisqu'il ne s'agit pas d'un «domaine» qui relève du Parlement ou des législatures provinciales — Les demandes d'injonctions doivent être radiées car elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action et constituent un usage abusif des procédures de la Cour.

Élections — Référendum sur la réforme constitutionnelle basé sur l'Accord de Charlottetown — La Native Women's Association demande une injonction interdisant la tenue du référendum — Elle se plaint de ne pas avoir été incluse dans

* Note de l'arrêstiste: l'appel de cette ordonnance a été rejeté dans une décision de deux pages dont la fiche analytique se trouve dans [1993] 1 C.F. F-8 (C.A.); l'appel incident attaquant la décision de ne pas radier la demande de dommages-intérêts dans la déclaration a été accueilli en partie dans cette même décision.

— Respondent Ministers without official role in conduct of referendum — Referendum question approved by resolution of Parliament — Proclamation issued by Governor in Council directing electors' opinion be obtained — Chief Electoral Officer issued writs of referendum — Validity of Referendum Act not challenged — Minister lacking power to halt process even if so ordered by Court — Injunction denied as application (1) disclosing no reasonable cause of action (2) abuse of process of Court.

This was an application under the Charter, section 24 for injunctions prohibiting the continuation of discussions between the respondents (defendants) and certain designated organizations until the Native Women's Association of Canada (NWAC) is entitled to participate in the constitutional review process on equal terms, and prohibiting the respondents from proceeding with the October 26, 1992 referendum on the Charlottetown constitutional reform agreement. The applicants had previously brought a motion in the Trial Division to prohibit the Canadian Government from making any further disbursements to certain native organizations until NWAC was accorded equal funding and the right to participate in the constitutional review process on equal terms. Upon appeal from the dismissal of the application for prohibition, the Federal Court of Appeal refused to prohibit the continued funding of the aboriginal organizations, but did issue a declaration concerning violations of NWAC's rights. The main issue on the present application was whether the rationale of the Court of Appeal decision applied to events after August 20, 1992, the date of said decision, so that the rights of the applicants under paragraph 2(b) and section 28 of the Charter must be deemed to have been violated and to continue to be violated.

Held, the application should be dismissed.

The declaration issued by the Federal Court of Appeal must be taken to have been in relation to earlier events and not to extend to the taking and implementation of the federal and provincial governments' joint decision of March 12, 1992 to invite the designated organizations, as the representatives of the aboriginal peoples, to participate thereafter in the constitutional process. The Court recognized that its jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* was restricted to reviewing the decisions of federal boards and that it could not review an intergovernmental decision. It adopted the principles established in *Penikett v. Canada* and in the Supreme Court of Canada decision *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, one of those being that the formulation of a constitutional resolution is part of the legislative process of amendment with which the courts will not interfere except where a Charter guaranteed right may be affected. However one may define the "legislative process"; certain issues are not justiciable. Among those are questions as to whom federal and provincial governments ought to meet with and consult during the development

les consultations gouvernementales qui ont mené à l'Accord — Les ministres intimés ne jouent aucun rôle officiel dans la tenue d'un référendum — Approbation de la question référendaire par résolution du Parlement — Proclamation prise par le gouverneur en conseil ordonnant une consultation des électeurs — Émission des brevets de référendum par le Directeur général des élections — Validité de la Loi référendaire non contestée — Le ministre ne peut arrêter le processus même si la Cour le lui ordonne — L'injonction est refusée puisque la demande (1) ne révèle aucune cause raisonnable d'action et (2) constitue un usage abusif des procédures de la Cour.

Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 24 de la Charte en vue d'obtenir des injonctions interdisant la continuation des discussions entre les intimés (défendeurs) et certaines organisations désignées tant que la Native Women's Association of Canada (NWAC) ne se verra pas accorder le droit de participer au processus de révision de la Constitution au même titre que ces autres organisations, et interdisant aux intimés de procéder au référendum prévu pour le 26 octobre 1992 sur l'accord de réforme constitutionnelle conclu à Charlottetown. Les requérantes avaient antérieurement introduit devant la Section de première instance une requête pour interdire au gouvernement du Canada de verser toute autre somme à certaines associations autochtones tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à la NWAC et tant qu'il ne lui aura pas conféré le droit de participer au processus de révision de la Constitution aux mêmes conditions. Saisie du rejet de la demande de prohibition, la Cour d'appel fédérale a refusé d'empêcher la continuation du financement des associations autochtones, mais elle a rendu un jugement déclaratoire concernant certaines violations des droits de la NWAC. En l'espèce, il s'agit principalement de savoir si le raisonnement du jugement de la Cour d'appel s'applique aux événements qui se sont déroulés après le 20 août 1992, date à laquelle la décision a été rendue, de sorte qu'il faut supposer que les droits que l'alinéa 2b) et l'article 28 de la Charte garantissent aux requérantes ont été violés et continuent d'être violés.

Jugement: la demande doit être rejetée.

Le jugement déclaratoire de la Cour d'appel fédérale doit être interprété comme s'appliquant aux événements antérieurs et ne comprenant pas l'adoption et la mise en œuvre de la décision conjointe des gouvernements fédéral et provinciaux le 12 mars 1992 d'inviter les organisations désignées, en leur qualité de représentantes des peuples autochtones, à participer par la suite au processus constitutionnel. La Cour a reconnu qu'elle avait, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, seulement compétence pour contrôler les décisions des offices fédéraux et qu'elle ne pouvait pas contrôler une décision intergouvernementale. Elle a adopté les principes posés par l'arrêt *Penikett v. Canada* et par la décision de la Cour suprême du Canada dans *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, dont celui selon lequel la rédaction d'une résolution constitutionnelle fait partie du processus législatif de modification dans lequel les tribunaux ne s'immisceront pas sauf si un droit garanti par la Charte risque d'être violé. Quelle que soit la manière dont on définit le «processus législatif», certaines questions échappent à la compétence des tribunaux.

of constitutional amendments. That issue is not justiciable unless there are legal or constitutional rules which a court can apply for its determination. Charter, subsection 32(1) does not apply to the making of a constitutional amendment as that is not a "matter" within the authority of either Parliament or provincial legislatures. Such amendments must be made by joint decisions of those bodies. What is involved in the present process, and has been involved since at least March 12, is an inter-governmental effort to agree on the substance and later the texts of constitutional amendments to be presented to Parliament and the legislatures for joint approval by resolution. This effort does not come within subsection 32(1) which applies the Charter to governmental activity.

The claim for injunctions with respect to the constitutional review process had to be struck out as disclosing no reasonable cause of action and as an abuse of the process of the Court in that they raised matters beyond the jurisdiction of any court to decide. The requests for interlocutory and permanent injunctions to restrain holding of the referendum could also be struck out or dismissed as disclosing no reasonable cause of action and as an abuse of the process of the Court for another reason. That referendum is being conducted under the *Referendum Act* and the necessary steps have been taken under that Act for its holding. Parliament has passed a resolution approving the referendum question and the Governor in Council has issued a Proclamation directing that the opinion of electors be obtained on the question approved by Parliament. The referendum had, therefore, to take place in accordance with the Act. Ministers could not halt that process, even if so ordered by the Court.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 15, 28, 32(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a),(f).
Referendum Act, S.C. 1992, c. 30, s. 3.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Native Women's Assn. of Canada v. Canada, [1992] 3 F.C. 192 (C.A.); *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297;

Au nombre de ces questions est celle de savoir qui les gouvernements fédéral et provinciaux devraient rencontrer et consulter durant l'élaboration des modifications constitutionnelles. C'est une question qui échappe à la compétence des tribunaux à moins que ceux-ci puissent appliquer des règles juridiques ou constitutionnelles pour rendre une décision. Le paragraphe 32(1) de la Charte ne s'applique pas à l'élaboration d'une modification constitutionnelle puisqu'il ne s'agit pas d'un «domaine» qui relève du Parlement ou des législatures provinciales. Ces modifications doivent se faire par décision conjointe de ces assemblées. Ce qui se passe dans le processus actuel, et ce qui s'est passé depuis au moins le 12 mars, c'est un effort intergouvernemental d'arriver à s'entendre d'abord sur le fond et ensuite sur les textes des modifications constitutionnelles à présenter au Parlement et aux législatures pour qu'ils les adoptent conjointement par résolution. Cet effort ne rentre pas dans le cadre du paragraphe 32(1) qui applique la Charte aux activités gouvernementales.

La demande d'injonctions relative au processus de révision de la Constitution doit être radiée car elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action et constitue un usage abusif des procédures de la Cour, puisqu'elle concerne des questions qui échappent à la compétence de n'importe quel tribunal. Les demandes d'injonctions interlocutoires et permanentes visant à interdire le référendum peuvent également être radiées ou rejetées au motif qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action ou encore au motif qu'elles constituent un usage abusif des procédures de la Cour. Le référendum se tiendra en vertu de la *Loi référendaire* et les mesures nécessaires ont été prises en vertu de cette Loi en vue de sa tenue. Le Parlement a adopté une résolution approuvant la question référendaire et le gouverneur en conseil a fait une proclamation ordonnant une consultation des électeurs sur la question approuvée par le Parlement. Par conséquent, le référendum doit se poursuivre conformément à la Loi. Les ministres ne peuvent arrêter le processus, même si la Cour le leur ordonne.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b), 15, 28, 32 (1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi référendaire, L.C. 1992, ch. 30, art. 3.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419 (1a),f).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Native Women's Assn. of Canada v. Canada, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.); *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991),

[1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (Y.T.C.A.).

REFERRED TO:

Minister of National Revenue & Queen (The) v. Creative Shoes Ltd., [1972] F.C. 993; (1972), 29 D.L.R. (3d) 89; 73 DTC 5127 (C.A.); *Weider v. Beco Industries Ltd.*, [1976] 2 F.C. 739; (1976), 29 C.P.R. (2d) 175 (T.D.).

AUTHORS CITED

Canada. *Shaping Canada's Future Together—Proposals*, Minister of Supply and Services Canada, 1991.

APPLICATION for injunctions pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, section 24 prohibiting the continuation of discussions between the respondents and certain native organizations and prohibiting the respondents from proceeding with the October 26, 1992 referendum on constitutional reform. Application dismissed.

COUNSEL:

Mary Eberts for applicants.
Graham Garton, Q.C. and *David Sgayias, Q.C.* for respondents.
Peter K. Doody for intervenor Assembly of First Nations.
John D. Richard, Q.C., for intervenor Métis National Council.
Brian A. Crane, Q.C., and *Martin W. Mason* for intervenors Native Council of Canada and Inuit Tapirisat of Canada.

SOLICITORS:

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.
Scott & Aylen, Ottawa, for intervenor Assembly of First Nations.
Lang, Michener, Honeywell, Ottawa, for intervenor Métis National Council.
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, for intervenors Native Council of Canada and Inuit Tapirisat of Canada.

The following are the reasons for order rendered in English by

83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (C.A.T.Y.).

DÉCISIONS CITÉES:

Le ministre du Revenu national et la Reine c. Creative Shoes Ltd., [1972] C.F. 993; (1972), 29 D.L.R. (3d) 89; 73 DTC 5127 (C.A.); *Weider c. Industries Beco Ltée.*, [1976] 2 C.F. 739; (1976), 29 C.P.R. (2d) 175 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Canada. *Bâtir ensemble l'avenir du Canada—Propositions*, ministre des Approvisionnements et Services, Canada, 1991.

DEMANDE fondée sur l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en vue d'obtenir des injonctions interdisant la continuation des discussions entre les intimés et certaines organisations autochtones et interdisant aux intimés de procéder au référendum prévu pour le 26 octobre 1992 sur la réforme constitutionnelle. Demande rejetée.

AVOCATS:

Mary Eberts pour les requérantes.
Graham Garton, c.r., et *David Sgayias, c.r.*, pour les intimés.
Peter K. Doody pour l'Assemblée des premières nations, intervenante.
John D. Richard, c.r., pour le Ralliement national des Métis, intervenant.
Brian A. Crane, c.r., et *Martin W. Mason* pour le Conseil national des autochtones du Canada et la Inuit Tapirisat du Canada, intervenants.

PROCUREURS:

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, pour les requérantes.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.
Scott & Aylen, Ottawa, pour l'Assemblée des premières nations, intervenante.
Lang, Michener, Honeywell, Ottawa, pour le Ralliement national des Métis, intervenant.
Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa, pour le Conseil national des autochtones du Canada et la Inuit Tapirisat du Canada, intervenants.

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

STRAYER J.:

Relief Requested

This is an application for the following relief:

- (a) an injunction pursuant to section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, prohibiting the continuation of discussions between the defendants, or any of them, on the one hand, and the AFN, ITC, NCC or MNC, or any of them, on the other hand, on subjects dealt with in the Consensus Report on the Constitution of August 28, 1992 or any Political Accord or legal text related thereto unless and until the Native Women's Association of Canada is accorded a right to participate in the constitutional review process on equal terms;
- (b) an injunction pursuant to section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, prohibiting the defendants, or any of them, from continuing with the referendum scheduled for October 26, 1992 or other referendum "based on" or otherwise invoking the Consensus Report of August 28, 1992 or related documents

Although it is not so stated in the notice of motion, it is not in dispute that the injunctions requested are interlocutory in nature. The plaintiffs commenced an action in this Court on September 15, 1992 in which damages and permanent injunctions to the same effect were requested, and this motion is an interlocutory proceeding in that action.

The defendants have also filed a motion for an order striking out the amended statement of claim and dismissing the action. This motion is based on Rule 419(1)(a) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], alleging that there is no reasonable cause of action, and Rule 419(1)(f), alleging that the action is an abuse of the process of the Court.

LE JUGE STRAYER:

La réparation demandée

Les requérantes demandent la réparation suivante:

- a) une injonction fondée sur l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et interdisant la continuation des discussions entre, d'une part, l'un ou l'autre des défendeurs et, d'autre part, l'un ou l'autre des groupements suivants: l'Assemblée des premières nations, l'Inuit Tapirisat du Canada, le Conseil national des autochtones du Canada et le Ralliement national des Métis, sur les sujets traités dans le Rapport du consensus du 28 août 1992 sur la Constitution ou dans tout accord politique ou texte juridique connexe, tant que la Native Women's Association of Canada ne se verra pas accorder le droit de participer au processus de révision de la Constitution au même titre que ces autres groupements;
- b) une injonction fondée sur l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et interdisant à l'un et l'autre des défendeurs de procéder au référendum prévu pour le 26 octobre 1992 ou à tout référendum qui serait «basé sur» le Rapport du consensus du 28 août 1992 ou sur les documents connexes ou qui invoquerait d'une manière quelconque ledit rapport ou lesdits documents. . .

Quoique l'avis de requête ne l'ait pas mentionné, les injonctions demandées sont sans conteste de nature interlocutoire. Les demanderesses ont intenté une action devant cette Cour le 15 septembre 1992 pour demander des dommages-intérêts et des injonctions semblables mais de nature permanente, et la requête dont je suis saisi est une procédure interlocutoire qui est reliée à ladite action.

Les défendeurs ont aussi déposé une requête visant à obtenir une ordonnance radiant la déclaration modifiée et rejetant l'action des demanderesses. Leur requête se fonde sur la Règle 419(1)a [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], au motif qu'il n'y a aucune cause raisonnable d'action, et sur la Règle 419(1)f, au motif que l'action constitue un emploi abusif des procédures de la Cour.

Facts

The plaintiff Native Women's Association of Canada (NWAC) is alleged in the statement of claim to be a "national non-profit organization . . . a grass-roots organization, founded and led by Aboriginal women". The individual plaintiffs are members and officers of NWAC. In March, 1992 they brought a motion in the Trial Division under section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] seeking prohibition against the Government of Canada to prevent the latter from making any further disbursements under the "Aboriginal Constitutional Review Program" to the Assembly of First Nations ("AFN"), the Native Council of Canada ("NCC"), the Métis National Council ("MNC") and the Inuit Tapirisat of Canada ("ITC") (which I will refer to compendiously as the "designated organizations") until the government provided to the NWAC an amount of funds equal to that provided to the AFN, the NCC, the MNC, and the ITC and the right

to participate in the constitutional review process on the same terms and in the same way as the four recipient groups, including participation in any First Ministers' Meetings or Conferences to discuss constitutional renewal which take place in the next two years

I will later discuss in more detail the disposition of that application by the Federal Court of Appeal on August 20, 1992.

In the present proceedings, the plaintiffs in their statement of claim allege that meetings of First Ministers on the Constitution were held after that Court of Appeal decision, on August 21, 22, 27, and 28 at which the AFN, ITC, MNC, and NCC were full participants. The NWAC says it was not included in spite of initiatives taken by the plaintiffs to obtain access. The statement of claim alleges, and this was admitted by all parties at the hearing, that since August 28 extensive meetings and consultations (not including the NWAC) have been held by representatives of the parties to the constitutional agreement reached on August 28, 1992, now known as "the Charlottetown Accord", to prepare legal texts for adoption in the Constitution in order to implement that Accord. The plaintiffs complain that as a result the emerging constitutional text does not meet all of their concerns. They say that this exclusion of them

Les faits

La demanderesse Native Women's Association of Canada (NWAC) prétend dans sa déclaration qu'elle est [TRADUCTION] «une organisation à but non lucratif . . . populaire, fondée et dirigée par des femmes autochtones». Les autres demandereses sont ses membres et dirigeantes. En mars 1992, elles ont introduit devant la Section de première instance une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7] pour interdire au gouvernement du Canada de verser toute autre somme en vertu du «Programme de révision des affaires constitutionnelles des autochtones» à l'Assemblée des premières nations («APN»), au Conseil national des autochtones du Canada («CNAC»), au Ralliement national des Métis («RNM») et à l'Inuit Tapirisat du Canada («ITC») (ci-après appelés collectivement «organisations désignées») tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à la NWAC et tant qu'il ne lui aura pas conféré le droit

de participer au processus de révision de la Constitution aux mêmes conditions et de la même façon que les quatre groupes bénéficiaires, et notamment le droit de participer à toute réunion ou conférence des premiers ministres afin de discuter du renouvellement de la Constitution qui aura lieu pendant les deux années à venir

Je discuterai plus tard de manière plus détaillée du jugement du 20 août 1992 de la Cour d'appel fédérale concernant cette demande.

En l'espèce, les demandereses prétendent dans leur déclaration que des réunions des premiers ministres sur la Constitution, auxquelles ont participé pleinement l'APN, le CNAC, le RNM et l'ITC, ont eu lieu après ledit jugement, soit les 21, 22, 27 et 28 août. La NWAC dit qu'elle n'a pas été incluse dans ces réunions malgré les démarches entreprises par les demandereses pour l'y faire admettre. La déclaration prétend, et le fait est reconnu par toutes les parties à l'audience, que d'importantes réunions et consultations (qui n'incluaient pas la NWAC) ont eu lieu depuis le 28 août entre les représentants des parties à l'entente constitutionnelle du 28 août 1992, connue maintenant sous le nom d'«Accord de Charlottetown», pour rédiger les textes juridiques à adopter dans la Constitution pour mettre en œuvre l'Accord. Les demandereses se plaignent qu'en conséquence de leur exclusion de ces discussions, le texte constitu-

from the process is a continuing violation of the rights and freedoms held by the Court of Appeal to have been infringed in the past for which they seek damages as well as permanent injunctions.

Counsel for the defendants made essentially the same argument both in support of his motion to strike and in support of his position that there was in any event no serious issue raised upon which an injunction could be granted. He argued in effect that the issues raised in the request for the injunctions are not justiciable. He raised various other arguments as to the jurisdiction of the Court and the exercise of judicial discretion in the matter of injunctions. I shall mainly address the motion to strike. In doing so I am essentially able to reach my conclusions under Rule 419(1)(a) simply on the basis of the allegations in the pleadings (which must be taken to be admitted for this purpose) and the rest of the record, as well as the decision of the Federal Court of Appeal on which the plaintiffs rely. In disposing of the motion under Rule 419(1)(f) I can, of course, have resort to all the evidence filed.

The application for prohibition filed in March, referred to earlier, was dismissed by a judge of the Trial Division. On appeal the Federal Court of Appeal, in reasons issued on August 20, 1992 [[1992] 3 F.C. 192] seemingly allowed the appeal in part. Although the plaintiffs (who were the same as in the present proceeding) had requested prohibition, the Court of Appeal issued a declaration.

In that decision the Federal Court of Appeal made a number of determinations of fact, such as the following:

[...] interests [of native women] ... are not only unlikely to be properly represented by AFN but are likely to be injured if AFN's position prevails; NWAC does represent those women. The evidence is clear that AFN is not addressing their concerns.¹

¹ At pp. 206-207. The AFN was not a party or intervenant in those proceedings.

tionnel qui en résulte ne répond pas à toutes leurs préoccupations. Elles disent que cette exclusion constitue une violation continue des droits et libertés qui, selon le jugement de la Cour d'appel, ont été déjà violés par le passé, et elles demandent à cet égard des dommages-intérêts ainsi que des injonctions permanentes.

L'avocat des défendeurs utilise essentiellement la même plaidoirie pour défendre aussi bien sa requête en radiation que sa prétention selon laquelle aucune question importante n'a été en tout cas soulevée qui justifierait l'octroi d'une injonction. Il soutient en effet que les questions qui ont été soulevées pour demander les injonctions échappent à la compétence des tribunaux. Il invoque divers autres arguments concernant la compétence de la Cour et l'exercice de son pouvoir d'appréciation au sujet des injonctions. Je vais traiter principalement de la requête en radiation. Ce faisant, j'ai pu essentiellement statuer sur la Règle 419(1)a en me fondant seulement sur les allégations dans les plaidoiries (allégations qui doivent être considérées comme admises à cette fin), sur les autres éléments du dossier et sur le jugement de la Cour d'appel fédérale invoqué par les demandresses. Bien entendu, pour statuer sur la requête fondée sur la Règle 419(1)f, je peux recourir à toute la preuve qui a été produite.

La demande visant l'obtention d'une ordonnance de prohibition, qui a été déposée en mars et que j'ai mentionnée plus haut, a été rejetée par un juge de la Section de première instance. Sur appel, la Cour d'appel fédérale, dans un jugement dont les motifs ont été donnés le 20 août 1992 [[1992] 3 C.F. 192], semble avoir accueilli partiellement l'appel. Quoique les demandresses (les mêmes qu'en l'espèce) aient demandé une ordonnance de prohibition, la Cour d'appel a rendu un jugement déclaratoire.

Dans ledit jugement, la Cour d'appel fédérale a fait plusieurs constatations de fait, dont voici des exemples:

... les intérêts [des femmes autochtones] ... sont non seulement vraisemblablement mal représentés par l'APN, mais seront probablement lésés si la position de l'APN prédomine; or, la NWAC représente ces femmes. La preuve montre clairement que l'APN néglige leurs préoccupations¹.

¹ Aux p. 206 et 207. Dans l'affaire en question, l'APN n'était ni une partie ni une intervenante.

Measured against the norms of Canadian society as a whole, it is in the interests of aboriginal women that, if, as and when they become the subjects of aboriginal self-governments, they continue to enjoy the protection of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in particular, the rights and freedoms accorded them by sections 15 and 28, or by equivalent provisions equally entrenched in aboriginal charters . . .²

In my opinion, by inviting and funding the participation of those organizations [AFN, NCC, ITC] in the current constitutional review process and excluding the equal participation of NWAC, the Canadian government has accorded the advocates of male-dominated aboriginal self-governments a preferred position in the exercise of an expressive activity, the freedom of which is guaranteed to everyone by paragraph 2(b) and which is, by section 28, guaranteed equally to men and women. It has thereby taken action which has had the effect of restricting the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter.³

The Court refused to prohibit, as requested, the continued funding of the four designated aboriginal organizations until "equal funding" was provided to the NWAC. It also refused to halt such funding until the Government of Canada allowed the NWAC to participate in the discussions, taking the view that at that stage discussions had moved to the "legislative" stage with which courts cannot interfere. The Court did, however, make a declaration concerning certain violations of NWAC's rights, in the following terms:

IT IS DECLARED THAT the Appellants' freedom of expression guaranteed them by sections 2(b) and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed by the Government of Canada denying the Native Women's Association of Canada equal participation to that accorded the Intervenants and the Assembly of First Nations in the constitutional review process initiated by its publication of the document entitled *Shaping Canada's Future Together—Proposals*.

Conclusions

The plaintiffs argue in effect that this declaration represents determinations of law which are binding on me, which establish that there is a serious issue and preclude a striking out of the action. It is therefore necessary to consider carefully the meaning of

² At p. 212.

³ At p. 212.

Si l'on se reporte aux normes de la société canadienne en général, il est dans l'intérêt des femmes autochtones, si jamais elles sont assujetties à l'autonomie gouvernementale des autochtones, de continuer à jouir de la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, des droits et libertés qui leur sont garantis par les articles 15 et 28, ou par des dispositions équivalentes également consacrées dans des chartes autochtones. . .²

À mon avis, en sollicitant et en finançant la participation de ces organismes [l'APN, le CNAC et l'ITC] au processus actuel de révision de la Constitution et en excluant la participation égale de la NWAC, le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée alors que la liberté d'expression est garantie à tous à l'alinéa 2b), et aussi bien aux femmes qu'aux hommes en vertu de l'article 28. Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones, contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la Charte³.

La Cour a refusé l'ordonnance de prohibition demandée qui aurait empêché la continuation du financement des quatre organisations désignées tant qu'un «financement égal» n'aurait pas été versé à la NWAC. Elle a aussi refusé d'ordonner la suspension d'un tel financement tant que le gouvernement du Canada n'aurait pas permis à la NWAC de participer aux discussions, étant d'avis que lesdites discussions ont déjà atteint l'étape «législative» dans laquelle les tribunaux ne pouvaient intervenir. Cependant, la Cour a rendu un jugement déclaratoire concernant certaines violations des droits de la NWAC, dont voici le texte:

IL EST DÉCLARÉ QUE, en empêchant la Native Women's Association of Canada de participer sur un pied d'égalité avec les intervenants et l'Assemblée des premières nations au processus d'examen constitutionnel amorcé par la publication d'un document intitulé *Bâtir ensemble l'avenir du Canada*, le gouvernement du Canada a porté atteinte à la liberté d'expression que garantissent aux appelantes le paragraphe 2b) et l'article 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les conclusions

Les demandresses soutiennent en effet que ce jugement déclaratoire contient des constatations de droit qui me lient, qui établissent l'existence d'une question importante et qui empêchent la radiation de l'action. Par conséquent, il me faut examiner soi-

² À la p. 212.

³ À la p. 212.

the declaration, with reference to the reasons as required. First one must consider whether the statement that the plaintiffs' rights were infringed by the government denying them "equal participation" refers to both the inadequate funding and the failure to ensure that they were included in the constitutional review process. It will be noted that the notice of motion, upon which the proceedings before the Federal Court of Appeal were originally based, requested prohibition both until the government had provided the NWAC with funds equal to those provided to the designated organizations, and until it provided the NWAC with "rights to participate in the constitutional review process". The Court itself seems to treat "participation" as referring to matters other than funding.⁴ Further, the Court stated that "equal funding" would not necessarily be required to achieve the equality required by section 28 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]].⁵ Arguably, then, the reference to "equal participation" in the declaration only refers to the failure to ensure that the NWAC was included in certain processes. As no question of funding is involved in the present proceedings, however, it is not necessary to determine finally the scope of "equal participation". It seems at least clear that it does include invitations to meetings and a role in consultations, the subjects of the present proceeding.

The more important issue is as to whether the declaration was limited in its application to events which had occurred prior to the inter-governmental meetings held in 1992, to most of which the designated organizations were invited but not the NWAC. It is clear from both the Court of Appeal reasons and the statement of claim in the present case that a process of consultation with the public and with aboriginal organizations had commenced with the release by the

gouvernement le sens de ce jugement déclaratoire en me reportant au besoin à ses motifs. Premièrement, il faut déterminer si la mention selon laquelle le gouvernement a violé les droits des demandesses en leur refusant une «participation égale» s'applique à la fois à leur financement insuffisant et au défaut du gouvernement de s'assurer de leur participation au processus de révision de la Constitution. Il convient de noter que l'avis de requête, qui était à l'origine de l'appel dont la Cour d'appel fédérale était ultérieurement saisie, demandait un bref de prohibition tant que le gouvernement n'aurait pas versé à la NWAC une somme égale à celle qu'il versait aux organisations désignées et tant qu'il ne lui aurait pas conféré «le droit de participer au processus de révision de la Constitution». La Cour elle-même semblait considérer la «participation» comme une notion différente du financement⁴. En outre, elle disait que «financer également» la NWAC ne serait pas obligatoirement nécessaire pour respecter le droit à l'égalité garanti par l'article 28 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]]⁵. Il s'ensuit qu'on peut soutenir que la mention de la «participation égale» dans le jugement déclaratoire de la Cour s'applique seulement à l'exclusion de la NWAC de certains processus constitutionnels. Cependant, étant donné que la question du financement n'est nullement en litige en l'espèce, il n'est pas nécessaire en définitive de déterminer le champ d'application de l'expression «participation égale». Il semble du moins que l'expression englobe manifestement l'invitation à participer aux réunions et à jouer un rôle dans les consultations, invitation qui est en cause en l'espèce.

Il y a une autre question plus importante encore, celle de savoir si le jugement déclaratoire de la Cour d'appel s'applique seulement aux événements qui ont précédé les réunions intergouvernementales de 1992, à la plupart desquelles les organisations désignées, mais pas la NWAC, ont été invitées. Il ressort clairement des motifs du jugement de la Cour d'appel comme de la déclaration des demandesses en l'espèce qu'un processus de consultation du public et des

⁴ See e.g. pp. 198-199, 209.

⁵ At p. 213.

⁴ Voir par exemple les pages 198, 199 et 209.

⁵ À la page 213.

Government of Canada of its constitutional proposals entitled *Shaping Canada's Future Together—Proposals* in the summer of 1991. Those proposals were referred to a Parliamentary Committee which proceeded to hold hearings at which members of the public could make their views known; and at about the same time a parallel process was started by the aboriginal organizations with respect to their communities, sustained by funding to the designated organizations provided by the Government of Canada. This and other processes of public consultation continued until March 12, 1992 when representatives of the federal, provincial and territorial governments and the designated organizations started meetings which continued until July 7. Thereafter in August there were some meetings of the federal and provincial First Ministers alone and then meetings of First Ministers, representatives of the territorial governments and of the designated organizations culminating in the Charlottetown Accord of August 28. The plaintiffs here complain about the meetings to which they were not invited held after August 20, the date of the Court of Appeal decision. The question is then as to whether the rationale of the Court of Appeal decision applies equally to the process after August 20 so that the rights of the plaintiffs under paragraph 2(b) and section 28 of the Charter must equally be deemed to have been violated and continue to be violated therein.

I have concluded that the declaration issued by the Federal Court of Appeal must be taken to refer to earlier events and to be confined to the processes not involving the taking and implementation of the joint decision of the governments of March 12 to invite the designated organizations as the representatives of the aboriginal peoples to participate thereafter in the constitutional process. The Court itself recognized that it only had jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* to review the decision of a federal board, agency, etc. and that therefore it could not review that intergovernmental decision of March 12. This is clear from the following passage:

The evidence is that the decision to invite "representatives of the Aboriginal peoples to be full participants in the constitu-

organisations autochtones avait commencé avec la publication à l'été 1991 des propositions constitutionnelles du gouvernement du Canada intitulées *Bâtir ensemble l'avenir du Canada—Propositions*. Ces propositions ont été renvoyées à un comité parlementaire qui a tenu des audiences où des membres du public pouvaient exprimer leurs opinions. À peu près à la même époque, les organisations autochtones ont commencé au sein de leurs collectivités un processus parallèle qui était financé grâce aux sommes versées par le gouvernement du Canada aux organisations désignées. Ce processus de consultation du public ainsi que d'autres se sont poursuivis jusqu'au 12 mars 1992 quand des représentants des gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux et des organisations désignées ont commencé des réunions qui ont continué jusqu'au 7 juillet. Il y a eu en août quelques réunions, d'abord entre seulement les premiers ministres du Canada et des provinces puis entre les premiers ministres et les représentants des territoires et des organisations désignées, qui ont abouti le 28 août à l'Accord de Charlottetown. Les demanderessees en l'espèce se plaignent de n'avoir pas été invitées aux réunions qui se sont tenues après le 20 août, date du jugement de la Cour d'appel. Il s'agit alors de savoir si le raisonnement dudit jugement s'applique aussi au processus qui s'est déroulé après le 20 août de sorte qu'il faut supposer que les droits que l'alinéa 2b) et l'article 28 de la Charte garantissent aux demanderesses ont été également violés et continuent d'être violés aux termes dudit jugement.

J'ai conclu que le jugement déclaratoire de la Cour d'appel fédérale doit être interprété comme s'appliquant aux événements antérieurs et se limitant aux processus qui ne comprennent pas l'adoption et la mise en œuvre de la décision conjointe des gouvernements le 12 mars d'inviter les organisations désignées, en leur qualité de représentants des peuples autochtones, à participer par la suite au processus constitutionnel. La Cour a reconnu elle-même qu'elle avait, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, seulement compétence pour contrôler les décisions des offices fédéraux et que, par conséquent, elle ne pouvait pas contrôler la décision intergouvernementale du 12 mars. C'est ce qui ressort clairement du passage suivant:

La preuve démontre que la décision d'inviter [TRADUCTION] «les représentants des peuples autochtones à participer pleine-

tional process" was made at a meeting March 12, 1992, of federal, provincial and territorial representatives. That was clearly not the decision of a federal board, etc., and is relied on by the respondent in disputing the availability of section 18 relief. However, there is no evidence that the decision to invite the designated aboriginal organizations to engage in a process parallel to that of the Parliamentary Committee was made by any but an authorized emanation of the federal government alone and it is most unlikely, if not legally impossible, that the decision to allocate federal funding was made by any but a federal board, etc. As I understand our Constitution, the expenditure of funds must have been authorized by Act of Parliament. If, as it appears, the invitation to join in the process was not authorized by Act or regulation, it must have been an exercise of Crown prerogative.⁶

Thus the Court of Appeal decision can only be taken to be dealing with decisions by the Government of Canada with respect to aboriginal participation in the "parallel process" referred to⁷ which preceded the intergovernmental meetings, and not decisions taken at those meetings commencing March 12 to include the designated organizations but not the NWAC.

Not only does the decision of the Court of Appeal not apply by its terms to the decisions taken by the federal and provincial governments to invite the designated organizations to participate in the intergovernmental discussions, but the rationale of the Court of Appeal judgment excludes those decisions from judicial review. The Court adopts the reasoning in *Penikett v. Canada*⁸ and the decision of the Supreme Court of Canada in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*⁹ in which it was held that normally the courts should not be involved in reviewing the "legislative process". The Supreme Court of Canada did expressly

leave aside the issue of review under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where a guaranteed right may be affected.¹⁰

In following these decisions, and having regard to the latter statement, the Federal Court of Appeal stated

⁶ At p. 214.

⁷ It will be noted that the declaration made under s. 18 was made against Her Majesty, the only defendant in that case: cf. *Minister of National Revenue & Queen (The) v. Creative Shoes Ltd.*, [1972] F.C. 993, at p. 999 (C.A.).

⁸ (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (Y.T.C.A.).

⁹ [1991] 2 S.C.R. 525.

¹⁰ *Ibid.*, at p. 559.

ment au processus constitutionnel» a été prise le 12 mars 1992, par les représentants fédéraux, provinciaux et territoriaux. De toute évidence, il ne s'agit pas là de la décision d'un office fédéral, ce dont l'intimée fait état pour contester la disponibilité de la réparation fondée sur l'article 18. Toutefois, aucune preuve ne démontre que la décision d'inviter les organisations autochtones désignées à entreprendre un processus parallèle à celui du comité parlementaire a été prise par nul autre qu'une source autorisée du gouvernement fédéral, et il n'est guère vraisemblable, sinon légalement impossible, que la décision de verser des deniers publics ait été prise par nul autre qu'un office fédéral. Selon mon interprétation de la Constitution, le versement des deniers doit avoir été autorisé par une loi du Parlement. Si, comme il paraît, l'invitation à se joindre au processus n'a pas été autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale⁶.

Ainsi, il faut en déduire que le jugement de la Cour d'appel vise seulement les décisions du gouvernement du Canada concernant la participation des autochtones audit «processus parallèle»⁷ qui était antérieur aux réunions intergouvernementales, et non les décisions, prises aux réunions débutant le 12 mars, d'inclure les organisations autochtones mais pas la NWAC.

Non seulement les termes du jugement de la Cour d'appel ne s'appliquent pas aux décisions prises par les gouvernements fédéral et provinciaux d'inviter les organisations désignées à participer aux discussions intergouvernementales, mais son raisonnement exclut ces décisions du contrôle judiciaire. La Cour a adopté le raisonnement de l'arrêt *Penikett v. Canada*⁸ et aussi du *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*⁹ dans lequel la Cour suprême du Canada a statué que les tribunaux ne devraient normalement pas contrôler le «processus législatif». La Cour suprême du Canada a dit expressément qu'elle ne

traiterait[t] pas de la question de l'examen en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas d'atteinte possible à un droit garanti¹⁰.

En suivant ces jugements, notamment le dernier passage cité, la Cour d'appel fédérale a dit

⁶ À la p. 214.

⁷ Il convient de noter que le jugement déclaratoire rendu par la Cour en application de l'art. 18 l'a été à l'encontre de Sa Majesté qui était la seule défenderesse dans cette affaire: cf. *Le ministre du Revenu national et la Reine c. Creative Shoes Ltd.*, [1972] C.F. 993, à la p. 999 (C.A.).

⁸ (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A.T.Y.).

⁹ [1991] 2 R.C.S. 525.

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 559.

... it is notorious that the constitutional review process has now moved beyond consultation. Every such process necessarily will at some point, unless it aborts sooner, pass from a consultative stage to a legislative stage in which the courts will not meddle. While the *CAP Reference* appears to have left the question open, I frankly cannot conceive of even Charter-based circumstances in which a court could properly interfere, however indirectly, with the convening of a First Ministers' Conference or any other purely intergovernmental meeting and dictate to them whom they ought to invite to their table.¹¹

Thus in effect the Court of Appeal recognized that the current process had already gone beyond the point of judicial review.

The Court of Appeal was of the view that the following principles were established by the reference in *Re Canada Assistance Plan* and the *Penikett* case [at page 217]:

- a. the Charter, Part I of the *Constitution Act, 1982*, cannot be invoked to interfere with the process of amending the Constitution mandated by Part V;
- b. the process of amending the Constitution, as a legislative process, begins not later than when First Ministers are convened to agree upon a constitutional resolution they will put to their legislatures; and
- c. the formulation of a constitutional resolution is part of the legislative process of amendment with which the courts will not interfere except, possibly, where a Charter guaranteed right may be affected.

In *Penikett*, which involved a complaint by the Yukon Territory that it had not been invited to the First Ministers' meetings which resulted in the Meech Lake Accord, it was held that

the Prime Minister in convening the Meech Lake Conference of First Ministers was initiating the process of legislation which could lead to an amendment of the Constitution.

It would be hard to distinguish in principle between First Ministers' meetings and the meeting of ministers of the respective governments "which could lead to an amendment of the Constitution". It is common ground that such ministerial meetings started in the present process on March 12, 1992. But even if the "legislative" process is confined to meetings of First Ministers, these commenced on August 4 and everything which has followed has involved either meet-

¹¹ At pp. 219-220.

... il est bien connu que le processus de révision de la Constitution se situe maintenant au-delà de la consultation. Tout processus de cette nature passera, à un moment, à moins qu'il n'avorte plus tôt, d'une étape consultative à une étape législative dans laquelle les tribunaux ne s'immisceront pas. Bien que le *Renvoi relatif au RAPC* paraisse avoir laissé la question sans réponse, je ne peux franchement concevoir des circonstances, même fondées sur la Charte, où le tribunal pourrait à bon droit intervenir, si indirectement cela soit-il, dans la convocation d'une conférence des premiers ministres ou de toute autre réunion purement intergouvernementale et leur dicter leur liste d'invités¹¹.

Ainsi, la Cour d'appel a effectivement reconnu que le processus en cours avait déjà dépassé le point où le contrôle judiciaire pouvait encore s'exercer.

Selon la Cour d'appel, l'arrêt *Penikett* et le *Renvoi relatif au RAPC* ont posé les principes suivants [à la page 217]:

- d a. La Charte, qui forme la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne peut être invoquée pour intervenir dans le processus de modification de la Constitution prévu à la partie V;
- b. Le processus de modification de la Constitution, qui est législatif, débute dès la convocation des premiers ministres en vue de convenir d'une résolution constitutionnelle qu'ils présenteront à Leur législature;
- e c. La rédaction d'une résolution constitutionnelle fait partie d'un processus législatif de modification dans lequel les tribunaux ne s'immisceront pas sauf, peut-être, si un droit garanti par la Charte risque d'être violé.

Dans l'arrêt *Penikett*, où le gouvernement du territoire du Yukon se plaignait qu'il n'avait pas été invité aux réunions des premiers ministres qui avaient abouti à l'Accord du lac Meech, le tribunal a statué que

[TRADUCTION] En convoquant la conférence des premiers ministres au lac Meech, le premier ministre a lancé le processus législatif qui pourrait entraîner la modification de la Constitution.

Ce serait difficile de distinguer en principe entre une réunion des premiers ministres et une réunion des représentants des gouvernements respectifs «qui pourrait entraîner la modification de la Constitution». Il est reconnu que, dans le cadre du processus constitutionnel, de telles réunions ministérielles ont débuté le 12 mars 1992. Mais même si on limite le processus «législatif» aux réunions des premiers ministres, lesdites réunions ont débuté le 4 août et les réunions qui

¹¹ Aux p. 219 et 220.

ings of First Ministers or meetings of officials to implement the decisions of First Ministers.

It is true that, as quoted above, the Court of Appeal stated that a court could not properly interfere

with the convening of a First Ministers' Conference or any other purely intergovernmental meeting and dictate to them whom they ought to invite to their table. [Emphasis added.]

The plaintiffs contend that since the meetings commencing on March 12 involved the four designated organizations, these were not "purely intergovernmental" meetings. I do not think the Court of Appeal intended such a distinction, since it lays emphasis on the fact that a legislative process had begun and that is a process with which courts should not interfere. It is no less a legislative process if the governmental representatives invite certain organizations to meet with them to assist in the development of provisions for adoption in the Constitution.

Indeed, however one may define the "legislative process"—and in my view it is very difficult in an evolutionary process by which ideas for constitutional change eventually find their way into constitutional amendments, to fix a date when that process becomes "legislative"—the fundamental problem is that certain issues are not justiciable. Among those are questions as to whom federal and provincial governments ought to meet with and consult during the development of constitutional amendments. That issue is not justiciable unless there are legal or constitutional rules which a court can apply for their determination.¹² What principles are the courts to apply in making up an invitation list for a constitutional conference? Assuming that, for example, section 15 or 28 of the Charter require that there be a gender balance in the interests represented at the constitutional table, how is one to define those interests? To what extent should they be regarded as legitimate free-standing interests, of compelling importance in disregard of competing interests and requiring separate representation? How is a judge to determine who

¹² See e.g. *Reference re Canada Assistance Plan case*, *supra*, note 9, at pp. 545-546.

ont suivi étaient toutes soit des réunions entre premiers ministres, soit des réunions entre des fonctionnaires qu'ils ont chargés de mettre en œuvre leurs décisions.

Certes, comme l'indique le passage cité ci-dessus, la Cour d'appel a dit qu'un tribunal ne pourrait à bon droit intervenir

dans la convocation d'une conférence des premiers ministres ou de toute autre réunion purement intergouvernementale et leur dicter leur liste d'invités. (C'est moi qui souligne.)

Puisque les réunions qui ont débuté le 12 mars comprenaient les quatre organisations désignées au nombre de leurs participants, ce n'étaient pas, soutiennent les demanderesse, des réunions «purement intergouvernementales». Je ne pense pas que la Cour d'appel ait voulu faire une telle distinction puisqu'elle soulignait qu'un processus législatif avait commencé, dans lequel les tribunaux ne devraient pas intervenir. Le processus n'est pas moins législatif si les représentants des gouvernements invitent certaines organisations à se joindre à eux pour les aider à élaborer les dispositions à adopter dans la Constitution.

En effet, quelle que soit la manière dont on définit le «processus législatif»—et je crois qu'il est très difficile, dans un processus évolutif au cours duquel des suggestions de réforme constitutionnelle deviennent ultérieurement des modifications constitutionnelles, de fixer une date à partir de laquelle ce processus devient «législatif»—le problème fondamental est que certaines questions échappent à la compétence des tribunaux. Au nombre de ces questions est celle de savoir qui les gouvernements fédéral et provinciaux devraient rencontrer et consulter durant l'élaboration des modifications constitutionnelles. C'est une question qui échappe à la compétence des tribunaux à moins que ceux-ci puissent appliquer des règles juridiques ou constitutionnelles pour rendre une décision¹². Quels principes les tribunaux doivent-ils appliquer pour dresser la liste des invités à une conférence constitutionnelle? En supposant, par exemple, que les articles 15 ou 28 de la Charte exige une participation équilibrée des sexes parmi les intérêts représentés à la table constitutionnelle, comment doit-on définir ces intérêts? Dans quelle mesure sont-ils con-

¹² Voir par ex. le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, précité, note 9, aux p. 545 et 546.

genuinely represents those interests and who does not? These are surely political questions for which there are no legal or constitutional principles to guide a court in its decision. I cannot think that such decisions are the proper function of judges.

I also respectfully accept the conclusion of the Yukon Territory Court of Appeal (endorsed by the Federal Court of Appeal) that the Charter, relied on by the plaintiffs here to assert their right to a role in the constitutional amendment process, does not apply to the activities of governments when they are engaged in preparing or making amendments pursuant to Part V of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. As that Court held, subsection 32(1) of the Charter which makes it apply to the Government of Canada "in respect of all matters within the authority of Parliament" and to the government of a province or territory "in respect of all matters within the authority" of its legislature, does not apply to the making of a constitutional amendment. A constitutional amendment is not a "matter" within the authority of either Parliament or provincial legislatures. Rather such amendments must be made by joint decisions of those bodies.¹³ What is involved in the present process, and has been involved since at least March 12, is an intergovernmental effort to agree on the substance and later the texts of constitutional amendments to be presented to Parliament and the legislatures for joint approval by resolution. This effort does not come within subsection 32(1) which applies the Charter to governmental activity.

I therefore conclude that the claims for injunctions in the statement of claim, depending as they do on the proposition that the Government of Canada is obliged to invite the plaintiff association to partici-

¹³ *Penikett* case, *supra*, note 8, at pp. 113-114.

siderés comme des intérêts indépendants et légitimes dont l'importance prédominante par rapport à d'autres intérêts concurrents exige qu'on leur accorde une représentation distincte? Comment un juge peut-il déterminer qui représente vraiment ces intérêts et qui ne les représente pas? Ce sont là certainement des questions politiques au sujet desquelles il n'existe pas de principes juridiques ou constitutionnels qui pourraient guider un tribunal dans sa décision. Je ne peux croire que de telles décisions rentrent dans le cadre des fonctions des juges.

J'accepte aussi respectueusement la conclusion de la Cour d'appel du territoire du Yukon (qui a reçu l'aval de la Cour d'appel fédérale) selon laquelle la Charte, que les demanderesse en l'espèce ont invoquée pour faire valoir leur droit de participer au processus de modification de la Constitution, ne s'applique pas aux activités entreprises par les gouvernements dans le cadre de la rédaction ou de l'élaboration de modifications visées à la partie V 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]]. L'arrêt en question a statué que le paragraphe 32(1) de la Charte, où il est dit que la Charte s'applique au gouvernement du Canada «pour tous les domaines relevant du Parlement» et au gouvernement d'une province ou d'un territoire «pour tous les domaines relevant» de sa législature, ne s'appliquait pas à l'élaboration d'une modification constitutionnelle. La modification de la Constitution n'est pas un «domaine» qui relève du Parlement ou des législatures provinciales. Elle doit se faire par décision conjointe de ces assemblées¹³. Ce qui se passe dans le processus actuel, et ce qui s'est passé depuis au moins le 12 mars, c'est un effort intergouvernemental d'arriver à s'entendre d'abord sur le fond et ensuite sur les textes des modifications constitutionnelles à présenter au Parlement et aux législatures pour qu'ils les adoptent conjointement par résolution. Cet effort ne rentre pas dans le cadre du paragraphe 32(1) qui applique la Charte aux activités gouvernementales.

Je conclus, par conséquent, que les demandes d'injonctions faites dans la déclaration et prétendant que le gouvernement du Canada a l'obligation d'inviter l'association demanderesse à participer au processus

¹³ Voir l'arrêt *Penikett*, précité, note 8, aux p. 113 et 114.

pate in the constitutional review process on equal terms with the designated organizations, must be struck out as disclosing no reasonable cause of action. It is plain and obvious that there is no legal basis for such a claim. Further these requests for relief are an abuse of the process of the Court involving as they do matters beyond the jurisdiction of any court to decide.¹⁴ The requests for interlocutory injunctions to the same effect must be dismissed for the same reason.

The requests for interlocutory and permanent injunctions to stop the referendum scheduled for October 26, 1992 can be struck out or dismissed as disclosing no reasonable cause of action and as an abuse of the process of the Court for another reason. The defendants against whom these injunctions are sought are Her Majesty, the Prime Minister, and Constitutional Affairs Minister Clark. I do not understand what role Her Majesty is thought to play in all of this. Nor does the Prime Minister or the Right Honourable Mr. Clark have any official role in the conduct of the referendum. That referendum is being conducted under the *Referendum Act*.¹⁵ It is not disputed that the necessary steps have been taken under that Act for the holding of a referendum. Parliament has passed the necessary resolution approving the referendum question and the Governor in Council has issued a Proclamation directing that the opinion of electors be obtained on the question approved by Parliament. Pursuant to those steps, the Chief Electoral Officer has issued the writs of referendum and is now in charge of conducting the vote. The plaintiffs do not challenge the validity of the *Referendum Act* nor of any steps taken thereunder. They have not, for example, named the Governor in Council as a defendant nor challenged the validity of the issue of the proclamation. Therefore the referendum must continue in accordance with the Act and neither the Prime Minister nor the Right Honourable Mr. Clark can stop that process even if the Court ordered them to do so. Further, it is not apparent to me that even if the plaintiffs had established some constitutional impropriety in the conduct of federal-provincial discussions leading up to the Charlottetown Accord, it would necessarily

¹⁴ See e.g. *Weider v. Beco Industries Ltd.*, [1976] 2 F.C. 739 (T.D.).

¹⁵ S.C. 1992, c. 30.

de révision de la Constitution au même titre que les organisations désignées, doivent être radiées car elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action. Cette prétention n'a de toute évidence aucun fondement juridique. En outre, ces demandes de réparation constituent un usage abusif des procédures de la Cour, car elles concernent des questions qui échappent à la compétence de n'importe quel tribunal¹⁴. Les demandes visant à obtenir les injonctions interlocutoires ayant le même effet doivent également être rejetées pour le même motif.

Les demandes d'injonctions interlocutoires et permanentes visant à interdire le référendum prévu pour le 26 octobre 1992 peuvent être radiées ou rejetées au motif qu'elles ne révèlent aucune cause raisonnable d'action ou encore au motif qu'elles constituent un usage abusif des procédures de la Cour. Les défendeurs visés par les injonctions demandées sont Sa Majesté, le premier ministre et le ministre des Affaires constitutionnelles Clark. Je ne comprends pas quel rôle on croit que Sa Majesté joue dans tout ceci. De même le premier ministre ou le très honorable Clark ne jouent aucun rôle officiel dans la tenue du référendum. Le référendum en question se tiendra en vertu de la *Loi référendaire*¹⁵. Personne ne conteste que les mesures nécessaires ont été prises en vertu de ladite Loi en vue de la tenue d'un référendum. Le Parlement a adopté la résolution requise pour approuver la question référendaire et le gouverneur en conseil a fait une proclamation ordonnant une consultation des électeurs sur la question approuvée par le Parlement. En application de ces mesures, le directeur général des élections a émis les brefs de référendum et se charge actuellement d'organiser le scrutin. Les demanderessees ne contestent pas la validité ni de la *Loi référendaire* ni des mesures qui ont été prises sous son régime. Elles n'ont pas, par exemple, cité le gouverneur en conseil en tant que défendeur ni contesté la validité de la proclamation. Par conséquent, le référendum doit se poursuivre conformément à la loi et ni le premier ministre ni le très honorable Clark ne peuvent arrêter le processus même si la Cour le leur ordonne. En outre, même si les demanderessees avaient réussi à prouver l'existence d'une quelconque inconstitutionnalité dans la

¹⁴ Voir par ex. *Weider c. Industries Beco Ltée.*, [1976] 2 C.F. 739 (1^{re} inst.).

¹⁵ L.C. 1992, ch. 30.

follow that the referendum could not be held on the basis of that Accord. In fact section 3 of the *Referendum Act* authorizes the use of a referendum to obtain the opinion of electors "on any question relating to the Constitution of Canada . . ." Such question could emanate from any source as long as it is approved by the House of Commons and Senate. There is no condition precedent in the *Referendum Act* that such question be based on any intergovernmental consensus.

For the same reasons I would conclude that even if these requests for injunctive relief were not struck out or dismissed for want of jurisdiction, injunctions would have to be refused because no serious issue has been raised. For these purposes I can rely on all of the evidence submitted.

I am not going to strike out the relief for damages in the statement of claim because it may well cover as well the period prior to March 12 in respect of which the Federal Court of Appeal made its declaration. As I understand it, the complaint in that respect is that the government has not respected the declaration of the Court of Appeal and through its failure to provide funding in that period on an appropriate basis the plaintiffs have suffered damages. This issue was not debated before me and I therefore make no finding as to the viability of the claim for damages.

I am awarding costs to the respondents in accordance with usual practice but not to the intervenors who appeared at their own request.

tenue des discussions fédérales-provinciales qui ont abouti à l'Accord de Charlottetown, je ne vois pas comment il pourrait s'ensuivre nécessairement que le référendum ne peut pas se tenir sur la base de cette entente. En fait, l'article 3 de la *Loi référendaire* autorise la tenue d'un référendum pour obtenir l'opinion des électeurs «sur une question relative à la Constitution du Canada. . .» Une telle question peut émaner de n'importe quelle source à condition qu'elle ait été approuvée par la Chambre des communes et le Sénat. La *Loi référendaire* ne pose pas comme condition préalable que cette question doit être basée sur un consensus intergouvernemental.

Pour les mêmes motifs, je conclurais que, si ces demandes interlocutoires n'étaient pas radiées ou rejetées pour incompétence, la Cour devrait quand même refuser d'accorder les injonctions demandées parce qu'aucune question sérieuse n'a été soulevée. À cet égard, je peux m'appuyer sur toute la preuve qui a été présentée.

Je ne vais pas radier la demande de dommages-intérêts formulée dans la déclaration parce qu'elle peut bien inclure aussi la période antérieure au 12 mars visée dans le jugement déclaratoire de la Cour d'appel fédérale. Si je ne m'abuse, les demandresses se plaignent à cet égard que le gouvernement n'a pas respecté le jugement déclaratoire de la Cour d'appel et qu'en ne leur accordant pas un financement suffisant, il leur a causé un préjudice. Cette question n'a pas été débattue devant la Cour et je ne fais donc aucune constatation concernant la validité de la demande de dommages-intérêts.

J'accorde les dépens aux intimés conformément à l'usage, mais je ne les accorde pas aux intervenants qui ont comparu à leur propre demande.