

T-1214-92

T-1214-92

**Ken Sparvier (Applicant)****Ken Sparvier (requérant)**

v.

c.

**Cowessess Indian Band # 73, Richard Redman, Muriel Lavallée and Samuel Sparvier (Respondents)****La bande indienne Cowessess N° 73, Richard Redman, Muriel Lavallée et Samuel Sparvier (intimés)***INDEXED AS: SPARVIER v. COWESSESS INDIAN BAND (T.D.)**RÉPERTORIÉ: SPARVIER c. BANDE INDIENNE COWESSESS (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Rothstein J.—Winnipeg, January 29; Ottawa, May 12, 1993.

Section de première instance, juge Rothstein—Winnipeg, 29 janvier; Ottawa, 12 mai 1993.

*Native peoples — Elections — Election appeal tribunal constituted under Cowessess Indian Reserve Elections Act overturning election of applicant as Chief, calling new election because some candidates not meeting Act's residency requirement — Act requiring election of appeal tribunal members prior to nomination meeting — Even assuming not so elected, tribunal validly constituted as provision directory in context of Act — Candidates' residency within tribunal's jurisdiction — Only tribunal established by Act to deal with contraventions — Residency requirement must be enforceable to have meaning — Act providing election practice ground of appeal — "Election practices" including eligibility to be candidate.*

*Peuples autochtones — Élections — Le tribunal d'appel d'élection, établi conformément à la Cowessess Indian Reserve Elections Act, a annulé l'élection du requérant au poste de chef de la bande, et une nouvelle élection a été ordonnée parce que certains candidats ne remplissaient pas les conditions en matière de résidence prévues par la loi — La Loi prévoit que le tribunal d'appel est élu avant la réunion de présentation des candidats — Même en supposant qu'il n'ait pas été élu ainsi, le tribunal était dûment constitué comme l'imposait la Loi — Le tribunal n'a pas la compétence pour statuer sur la résidence des candidats — Seul un tribunal établi par la Loi peut traiter les infractions — L'exigence de résidence doit pouvoir être sanctionnée pour avoir du sens — La Loi prévoit que la pratique électorale est un motif d'appel — «Les pratiques électorales» comprennent l'éligibilité d'un candidat.*

*Judicial review — Prerogative writs — Certiorari — Appeal tribunal established pursuant to Cowessess Indian Reserve Elections Act overturning election of Band Chief, calling new election because some candidates not meeting Act's residency requirement — Principles of natural justice apply to tribunal's proceedings — Breached rules of natural justice because of one member's admitted bias, very short notice of proceedings, not permitting applicant to be present during submissions of others — Doctrine of necessity may apply if Court lacking jurisdiction to direct establishment of new appeal tribunal.*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Certiorari — Le tribunal d'appel, établi conformément à la Cowessess Indian Reserve Elections Act, a annulé l'élection du chef de la bande, et une nouvelle élection a été ordonnée parce que certains candidats ne remplissaient pas les conditions en matière de résidence prévues par la loi — Les principes de justice naturelle s'appliquent aux instances du tribunal — Les principes de la justice naturelle ont été violés à cause de la partialité reconnue d'un membre, du très court délai d'avis de l'audience, du fait qu'on n'a pas permis au requérant d'être présent pendant les observations des autres parties — La théorie de la nécessité peut s'appliquer si la Cour n'a pas la compétence voulue pour ordonner la constitution d'un nouveau tribunal d'appel.*

*Federal Court jurisdiction — Trial Division — Within Court's jurisdiction to review decision of election appeal tribunal created under Cowessess Indian Reserve Elections Act as federal board — Unclear whether Court having jurisdiction to direct establishment of new appeal tribunal.*

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Il est de la compétence du tribunal d'examiner la décision du tribunal d'appel d'élection établi conformément à la Cowessess Indian Reserve Elections Act puisqu'il s'agit d'un office fédéral — Il n'est pas clair que la Cour ait compétence pour ordonner la constitution d'un nouveau tribunal d'appel.*

This was an application to quash the decision of an election appeal tribunal nullifying the election of Band Chief and directing that a new election take place. On April 24, 1992 the applicant was elected Band Chief. One of the unsuccessful candidates appealed the results. An appeal tribunal established

Le requérant a prié la Cour d'annuler la décision du tribunal d'appel d'élection qui avait annulé l'élection du chef de la bande et ordonné une nouvelle élection. Le 24 avril 1992, le requérant a été élu chef de la bande. L'un des candidats défaits a interjeté appel des résultats. Un tribunal d'appel a été établi

pursuant to the Cowessess Indian Reserve Elections Act decided to call a new election on the ground that two of the five candidates (not the applicant) failed to meet the residency requirement of the Act. In the second election another candidate was elected. The applicant submitted that the Appeal Tribunal was not properly constituted. Appeal Tribunal members and alternates were proposed and agreed upon by Band Council on March 2, 1992. The nomination meeting was held April 3. They were confirmed on April 16. Cowessess Indian Reserve Elections Act, paragraph 6(4)(a) provides that the Tribunal will be elected before the nomination meeting. The applicant argued that the Appeal Tribunal was not constituted until April 16, or after the nomination meeting and therefore was not in conformity with paragraph 6(4)(a). The applicant also submitted that it was not within the Appeal Tribunal's jurisdiction to rule on residency because residency did not fall within the grounds for appeal set out in subsection 6(2), i.e. was not an election practice or an illegal, corrupt or criminal practice. It was submitted that the Appeal Tribunal's jurisdiction was intended to cover procedural matters in the course of an election only. Finally, the applicant submitted that the Appeal Tribunal committed a number of procedural errors. He alleged that a member of the Appeal Tribunal made negative remarks about him during the Appeal Tribunal's proceedings, creating a reasonable apprehension of bias with respect to the proceedings and decision of the Tribunal. Another member of the Tribunal rented farmland to the applicant before the Appeal Tribunal, also leading to a reasonable apprehension of bias. The applicant also argued that he was only given one day's notice before the hearing and that this was tantamount to no notice at all, that the hearing was not open and that the nature of the hearing was not clearly disclosed to the parties.

*Held*, there was a denial of procedural fairness, but the order requested should not issue pending submissions on the issue of remedy.

The Federal Court had jurisdiction over the subject-matter of this application. For the Court to have jurisdiction, it must be shown that the decision to be reviewed was made by a "federal board, commission or other tribunal" as defined in section 2 of the *Federal Court Act*. An Indian band council elected pursuant to customary Indian law is a federal board as is one elected pursuant to the *Indian Act*. Again, an appeal tribunal elected pursuant to customary Indian law is a federal board. The Appeal Tribunal derived its power from band custom, including the Cowessess Indian Reserve Elections Act.

The Appeal Tribunal was validly constituted. The provision requiring that it be elected before the nomination meeting is, in the context of the Act, directory, not mandatory and non-compliance did not result in the Appeal Tribunal not being properly constituted. Nor did non-compliance invalidate the election process or the actions or orders of the Appeal Tribunal. The main object of the Cowessess Indian Reserve Elections Act is to provide the mechanism to elect a chief and Band Council in

conformément à la Cowessess Indian Reserve Elections Act et a décidé de convoquer de nouvelles élections au motif que deux des cinq candidats (autres que le requérant) ne remplissaient pas l'exigence en matière de résidence prévue par la loi. À la deuxième élection, un autre candidat a été élu. Le requérant a fait valoir que le tribunal d'appel n'avait pas été dûment constitué. Le conseil de la bande a proposé et choisi les membres du tribunal d'appel et leurs suppléants le 2 mars 1992. La réunion de présentation des candidats a été tenue le 3 avril. Les membres du tribunal ont été confirmés le 16 avril. L'alinéa 6(4)a) de la Cowessess Indian Reserve Elections Act prévoit que le tribunal sera élu avant la réunion de présentation des candidats. Le requérant a soutenu que le tribunal d'appel n'a été constitué que le 16 avril, ou après la réunion de présentation des candidats, et qu'il n'était donc pas constitué conformément à l'alinéa 6(4)a). Le requérant a aussi soutenu que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour statuer sur la résidence puisque cette question n'intéressait pas une pratique électorale ou une pratique illégale, corrompue ou criminelle visée par le paragraphe 6(2) de la Loi. Il a été soutenu que la compétence du tribunal d'appel n'était censée porter que sur les questions de procédure dans le cours d'une élection. Enfin, le requérant a soutenu que le tribunal d'appel avait commis un certain nombre d'erreurs de procédure. Il a allégué qu'un membre du tribunal d'appel avait fait des remarques désobligeantes envers lui à l'audience devant le tribunal d'appel, créant ainsi une crainte raisonnable de partialité en ce qui a trait à la procédure et à la décision du tribunal. Un autre membre du tribunal louait une terre agricole au requérant devant le tribunal d'appel, ce qui a suscité une crainte raisonnable de partialité. Le requérant a aussi plaidé qu'il n'avait été avisé de l'audience qu'un seul jour à l'avance, et que cela revenait à ne pas avoir été avisé du tout, que l'audience n'avait pas été ouverte et que la nature de l'audience elle-même n'avait pas été clairement communiquée aux parties.

*Jugement*: il y a eu déni d'équité procédurale, mais l'ordonnance requise ne devrait pas être émise en attendant les mémoires sur la question de la réparation.

La Cour fédérale avait compétence relativement à la question soulevée dans la demande. Pour que la Cour ait compétence, il faut démontrer que la décision contrôlée a été rendue par un «office fédéral» défini à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le conseil d'une bande indienne élu conformément à la coutume de celle-ci est un office fédéral au même titre que s'il avait été élu conformément à la *Loi sur les indiens*. Là encore, un tribunal d'appel élu conformément à la coutume de la bande est un office fédéral. Le tribunal d'appel tire son pouvoir de la coutume de la bande, y compris de la Cowessess Indian Reserve Elections Act.

Le tribunal d'appel a été validement constitué. La disposition en vertu de laquelle le tribunal d'appel doit être élu avant la réunion de présentation des candidats est, d'après l'économie de la Loi, directive et non impérative, et le non-respect de cette disposition n'a pas empêché le tribunal d'appel d'être dûment constitué. En outre, le non-respect de cette disposition n'invalide pas le processus électoral ou les actes ou ordonnances du tribunal d'appel. L'objet principal de la Cowessess

accordance with Band custom. An Appeal Tribunal is elected before the nomination meeting so that it will be in place throughout the election process to deal with election practices or illegal, corrupt or criminal practices of candidates and so that its members will at an early stage avoid becoming involved in a partisan way in the election. Neither reason is of such overriding importance that non-compliance with the timing requirement of paragraph 6(4)(a) should result in the actions of an Appeal Tribunal elected after a nomination meeting being of no legal effect. Invalidating the actions of an Appeal Tribunal solely because it was elected after the nomination date could well work a serious inconvenience or injustice to the members of the Band who have no control over those entrusted with ensuring compliance with the Act.

The question of residency of candidates was within the Appeal Tribunal's jurisdiction under subsection 6(2). The Appeal Tribunal is the only tribunal established by the Act to deal with contraventions of the Act. If the Appeal Tribunal cannot deal with the issue, then a non-resident, if nominated, could become a councillor or chief contrary to the Act. If the residency requirement is to be given meaning, it must be enforceable. The Appeal Tribunal process is the means which the Act has established for enforcing this requirement. The term "election practices" includes the question of eligibility to be a candidate for election. For a non-resident to stand for nomination would amount to a practice that was illegal as it would be contrary to the Act.

While the political movement of the Aboriginal People to take more control over their own lives should not be quickly interfered with by the courts, band members are individuals who are entitled to due process and procedural fairness on the part of tribunals the decisions of which affect them. To the extent that the Federal Court has jurisdiction, the principles of natural justice and procedural fairness apply. Whether the Appeal Tribunal is acting judicially, quasi-judicially or administratively, a fair hearing including an unbiased tribunal, notice and the opportunity to make representations was essential.

The Appeal Tribunal did not follow the basic rules of procedural fairness. Members of an Appeal Tribunal are not popularly elected, but are selected by the Band Council. Absent compelling reasons, more rigorous, rather than a less strict application of the reasonable apprehension of bias test is desirable, but on the facts, even a more lenient application of the test lead to the same result. The evidence was clear that one of the Appeal Tribunal members was actually biased with respect to the applicant. That that member did not vote did not resolve the matter. A reasonable apprehension of bias in one member is sufficient to disqualify the whole tribunal, even though that member merely sat at the hearing without taking an active role in either it or subsequent deliberations. In the case at bar, the biased member had taken an active role in the proceedings prior to resigning because of his bias. A reasonably informed

Indian Reserve Elections Act est de prévoir le mécanisme qui permet d'élire un chef et un conseil de bande conformément à la coutume de la bande. Le tribunal d'appel est élu avant la réunion de présentation des candidats pour qu'il soit en place pendant tout le processus électoral pour traiter les pratiques électorales ou les pratiques illégales, corrompues ou criminelles des candidats et pour que ses membres, dès le début, évitent de prendre part de façon partisane à l'élection. Ni l'une ni l'autre de ces raisons ne font croire que leur inobservation, contraire à l'alinéa 6(4)a), devrait entraîner la nullité juridique des actes d'un tribunal d'appel élu après une réunion de présentation des candidats. Le fait d'invalider les actes d'un tribunal d'appel du seul fait qu'il a été élu après la date de présentation des candidats pourrait très bien entraîner, pour des membres de la bande qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de faire respecter la Loi, une injustice ou des inconvénients graves.

La question de la résidence des candidats relève de la compétence du tribunal d'appel en vertu du paragraphe 6(2). Le tribunal d'appel est le seul tribunal établi par la Loi pour traiter les infractions à celle-ci. Si le tribunal d'appel ne connaît pas de la question, un non-résident qui était proposé comme candidat, pourrait devenir un conseiller ou un chef, contrairement à la Loi. Si l'exigence en matière de résidence doit avoir un sens, il faut pouvoir la faire respecter. L'instance devant le tribunal d'appel est le moyen légal de faire respecter cette exigence. L'expression «pratiques électorales» comprend la question de l'éligibilité d'un candidat. Le fait pour un non-résident de se porter candidat reviendrait à commettre une illégalité puisqu'il contrevient à la Loi.

Bien que les tribunaux doivent éviter de s'immiscer dans le mouvement politique des peuples autochtones en vue d'acquiescer plus d'autonomie, les membres des bandes sont des individus qui ont le droit à ce que les tribunaux suivent une procédure équitable dans les instances qui les concernent. Dans la mesure où la Cour fédérale a compétence, les principes de la justice naturelle et de l'équité procédurale s'appliquent. Que les fonctions exercées par le tribunal d'appel soient considérées comme judiciaires, quasi-judiciaires ou administratives, une audition équitable, comprenant l'impartialité du tribunal, la nécessité d'un avis et la possibilité de répondre, était essentielle.

Le tribunal d'appel n'a pas suivi les règles fondamentales d'équité procédurale. Les membres d'un tribunal d'appel ne sont pas élus par le public, mais sont choisis par le conseil de la bande. En l'absence de motifs irrésistibles, il est souhaitable d'appliquer de façon plus rigoureuse le critère de la crainte raisonnable de partialité, mais à la lumière des faits, même une application moins stricte du critère conduirait à la même conclusion. Il ressortait clairement de la preuve que l'un des membres du tribunal d'appel avait effectivement un parti pris à l'égard du requérant. Le fait que ce membre n'ait pas voté n'a pas résolu la question. Il suffisait qu'un seul membre du tribunal suscite une crainte raisonnable de partialité pour rendre tout le tribunal inhabile, même si ce membre n'a fait que siéger à l'audience, sans y avoir joué de rôle actif et sans avoir participé aux délibérations subséquentes. En l'espèce, le membre

bystander would perceive bias on the part of the Appeal Tribunal as a result of the biased member's admitted position—to oust the applicant—and his participation in the Appeal Tribunal's proceedings. This fatally affected the proceedings and the decision of the Appeal Tribunal.

The Band was not large. It would not be realistic to expect members of the Appeal Tribunal, if they are residents of the reservation to be completely without social, family or business contacts with a candidate in an election. If a rigorous test for reasonable apprehension of bias were applied, the membership of decision-making bodies such as the Appeal Tribunal, in bands of small populations could constantly be challenged on grounds of bias, frustrating the election process and endangering the process of autonomous elections of band governments. The issues raised herein call attention to these questions of policy.

The very short notice period raised several concerns: (a) relevant persons may not be available; (b) there was practically no time to investigate the facts relating to the subject-matter of the appeal; (c) it was unreasonable to expect the participants to adequately organize and prepare their representations. That the applicant had actual notice and attended the proceedings did not detract from the disadvantageous situation of having to proceed without an adequate opportunity to investigate the matter and prepare representations. The applicant's participation represented neither genuine consent to the proceedings nor waiver of his right to adequate notice.

To deny the applicant, whose position as Chief Elect was at stake before the Tribunal, the right to be present during the submissions of others raised the question of whether he was able to know the case to be met, another basic requirement of procedural fairness.

If the Appeal Tribunal's decision were quashed without anything further, the results of the April 24 election would be reinstated. The Court, for procedurally technical reasons, instead of Band members, would be determining who should be Chief. An appeal validly filed with the Appeal Tribunal, the question of residency of candidates, and the validity of the April 24 election would remain undetermined. Such unsatisfactory results might be avoided by referring the matter back to a differently constituted Appeal Tribunal. The Court, being unclear as to its jurisdiction to direct the establishment of a new Appeal Tribunal, no order would be issued until the question of remedy is addressed by counsel. If the Court lacks jurisdiction, this may be a case to which the doctrine of necessity would apply.

partial avait joué un rôle actif à l'audience avant de se récuser à cause de sa partialité. Un observateur relativement bien informé aurait perçu de la partialité chez le tribunal d'appel à cause de l'opinion avouée par le membre partial en faveur de la destitution du requérant et de sa participation à l'audience tenue devant le tribunal d'appel. Ceci a fatalement vicié l'instance et la décision du tribunal d'appel.

La bande n'était pas nombreuse. Il ne serait pas réaliste de s'attendre à ce que les membres du tribunal d'appel qui résidaient dans la réserve n'aient eu aucun lien social, familial ou commercial avec un candidat à une élection. Une application aussi rigoureuse des principes relatifs à la crainte de partialité risquerait de mener à des situations où le processus électoral serait constamment menacé par de telles allégations, et pourrait compromettre l'élection des gouvernements de bandes. Les questions soulevées en l'espèce mettaient en évidence les questions de principe.

Le délai d'avis très court soulevait plusieurs inquiétudes: a) les intéressés risquaient de ne pas être disponibles; b) il n'y avait pratiquement pas de temps pour enquêter sur les faits qui se rapportaient à l'objet de l'appel; c) il était déraisonnable de s'attendre à ce que les participants organisent et préparent leurs observations de façon adéquate. Le fait que le requérant avait effectivement été avisé et qu'il était présent à l'audience n'empêchait pas qu'il était dans une situation désavantageuse, du fait qu'il avait dû agir sans avoir eu l'occasion d'enquêter sur la question et de préparer ses observations. La participation du requérant ne représentait pas un véritable consentement à la tenue de l'audience ni une renonciation à son droit à un avis suffisant.

Le fait de refuser au requérant, dont le poste comme chef désigné était en jeu dans l'instance, le droit d'être présent pendant que d'autres présentaient des observations, amène à demander s'il était en mesure de connaître les arguments auxquels il devait répondre, autre exigence fondamentale de l'équité procédurale.

Si la décision du tribunal d'appel était annulée, sans plus, les résultats de l'élection du 24 avril seraient rétablis. Pour des motifs de procédure, la Cour, plutôt que les membres de la bande, désignerait le chef. Un appel validement déposé auprès du tribunal d'appel, la question de la résidence des candidats, et de la validité de l'élection du 24 avril ne serait pas réglée. Ces résultats insatisfaisants pourraient être évités si la Cour renvoyait l'affaire devant un tribunal d'appel différemment constitué. La Cour n'étant pas sûre de sa compétence pour ordonner la constitution d'un nouveau tribunal d'appel, aucune ordonnance ne serait rendue jusqu'à ce que les avocats aient l'occasion d'approfondir la question de la réparation. Si la Cour n'a pas la compétence voulue, il faut se demander s'il y a lieu d'appliquer la théorie de la nécessité.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6.  
*The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Gabriel v. Canatouquin*, [1978] 1 F.C. 124 (T.D.); affd [1980] 2 F.C. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.); *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (T.D.); *Simpson v. Attorney-General*, [1955] N.Z.L.R. 271 (S.C.); affd [1955] N.Z.L.R. 276 (C.A.); *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165; (1992), 142 N.R. 241; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 15 C.R. (3d) 1 (Eng.); 15 C.R. (3d) 315 (Fr.); 30 N.R. 119; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Regina v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Hall*, [1963] 2 O.R. 239; (1963), 39 D.L.R. (2d) 113; 63 C.L.L.C. 15,478 (H.C.); *Haight-Smith v. Kamloops School District No. 34* (1988), 51 D.L.R. (4th) 608; [1988] 6 W.W.R. 744; (1988), 28 B.C.L.R. (2d) 391; 30 Admin. L.R. 298 (C.A.); *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214.

## CONSIDERED:

*Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3; [1955] 1 D.L.R. 370.

## REFERRED TO:

*Trotchie v. The Queen et al.*, [1981] 2 C.N.L.R. 147 (F.C.T.D.); *Beauvais v. R.*, [1982] 1 F.C. 171; [1982] 4 C.N.L.R. 43 (T.D.); *Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168; [1979] 6 W.W.R. 226; [1979] 4 C.N.L.R. 119 (Alta. T.D.).

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*La Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Gabriel c. Canatouquin*, [1978] 1 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1980] 2 C.F. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.); *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Simpson v. Attorney-General*, [1955] N.Z.L.R. 271 (S.C.); conf. par [1955] N.Z.L.R. 276 (C.A.); *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165; (1992), 142 N.R. 241; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 106 D.L.R. (3d) 385; 50 C.C.C. (2d) 353; 15 C.R. (3d) 1 (ang.); 15 C.R. (3d) 315 (fr.); 30 N.R. 119; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th) 44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; (1976), 68 D.L.R. (3d) 716; 9 N.R. 115; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; (1992), 95 Nfld. & P.E.I.R. 271; 4 Admin. L.R. (2d) 121; 134 N.R. 241; *Regina v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Hall*, [1963] 2 O.R. 239; (1963), 39 D.L.R. (2d) 113; 63 C.L.L.C. 15,478 (H.C.); *Haight-Smith v. Kamloops School District No. 34* (1988), 51 D.L.R. (4th) 608; [1988] 6 W.W.R. 744; (1988), 28 B.C.L.R. (2d) 391; 30 Admin. L.R. 298 (C.A.); *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105; (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; [1980] 3 W.W.R. 125; 18 B.C.L.R. 124; 31 N.R. 214.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Szilard v. Szasz*, [1955] R.C.S. 3; [1955] 1 D.L.R. 370.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Trotchie c. La Reine et autres*, [1981] 2 C.N.L.R. 147 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Beauvais c. R.*, [1982] 1 C.F. 171; [1982] 4 C.N.L.R. 43 (1<sup>re</sup> inst.); *Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168; [1979] 6 W.W.R. 226; [1979] 4 C.N.L.R. 119 (Alb. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

Mullan, David. *Administrative Law*, 2nd ed.  
 Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPLICATION to quash the decision of an election appeal tribunal pursuant to the Cowessess Indian Reserve Elections Act nullifying election of Band Chief and directing that a new election take place. The tribunal acted unfairly, but its decision was not to be quashed pending submissions on the issue of remedy.

## COUNSEL:

*Marusia A. Kobrynsky* and *C. Mervin Ozirny* for applicant.  
*Orest Rosowsky* for respondents.

## SOLICITORS:

*Ozirny, Fisher, Bell & Matthews*, Melville, Saskatchewan, for applicant.  
*Rosowsky & Campbell, Kamsack*, Saskatchewan, for respondents.

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

ROTHSTEIN J.: This is an application made pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended, for an order quashing, and seeking ancillary relief from, the decision dated May 5, 1992 made by an election appeal tribunal pursuant to the Cowessess Indian Reserve Elections Act (the Act). The decision nullified the result of a band election held on April 24, 1992, for Chief of the Band and directed that a new election take place. In addition, the applicant also seeks an order declaring invalid and setting aside the result of the re-election for the office of Chief held pursuant to the said decision.

SUMMARY OF FACTS

The Cowessess Indian Reserve Elections Act, along with other non-codified customs and traditions, govern elections for Band Chief and Councillors of the Cowessess Band. Such elections are to be held every three years. On April 24, 1992, an election was held in which the applicant, Ken Sparvier, was the

## DOCTRINE

Mullan, David. *Administrative Law*, 2nd ed.  
 Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

<sup>a</sup> DEMANDE d'annulation de la décision d'un tribunal d'appel d'élection établi conformément à la Cowessess Indian Reserve Elections Act qui a annulé l'élection d'un chef de bande et ordonné la tenue de nouvelles élections. Le tribunal a agi de façon inéquitable, mais sa décision ne devrait pas être annulée en attendant les mémoires sur la question de la réparation.

<sup>c</sup> AVOCATS:

*Marusia A. Kobrynsky* et *C. Mervin Ozirny* pour le requérant.  
*Orest Rosowsky* pour les intimés.

<sup>d</sup> PROCUREURS:

*Ozirny, Fisher, Bell & Matthews*, Melville, Saskatchewan, pour le requérant.  
*Rosowsky & Campbell, Kamsack*, Saskatchewan, pour les intimés.

<sup>e</sup> *Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

<sup>f</sup> LE JUGE ROTHSTEIN: Dans sa demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et ses modifications, le requérant prie la Cour d'annuler la décision, rendue le 5 mai 1992 par un tribunal d'appel d'élection sous le régime de la Cowessess Indian Reserve Elections Act (la Loi), et d'ordonner des mesures accessoires à l'encontre de cette décision. En vertu de celle-ci, l'élection du chef de la bande, tenue le 24 avril 1992 a été annulée et une nouvelle élection a été ordonnée. En outre, le requérant demande une ordonnance déclarant invalide et nulle la réélection au poste de chef tenue conformément à cette décision.

<sup>i</sup> RÉSUMÉ DES FAITS

<sup>j</sup> La Cowessess Indian Reserve Elections Act, ainsi que d'autres coutumes et traditions non codifiées, régissent les élections du chef et des conseillers de la bande Cowessess. Ces élections doivent être tenues tous les trois ans. Le 24 avril 1992, une élection a été tenue et le requérant, Ken Sparvier, a été élu. L'un

successful candidate. One of the unsuccessful candidates, Terry Lavallée, appealed the election to an appeal tribunal established pursuant to the Act on the grounds that two of the five candidates in the election (not Mr. Sparvier or himself) were non-residents and were therefore ineligible candidates. The Appeal Tribunal conducted a hearing on May 5, 1992, and decided to call a new election which was held on May 22, 1992. In the second election Terry Lavallée was the successful candidate. Following the decision of the Appeal Tribunal on May 5, 1992, the applicant commenced proceedings in the Court of Queen's Bench of Saskatchewan challenging the Appeal Tribunal, its procedures and the decision it made. That Court held that it did not have jurisdiction to hear the application. The applicant subsequently filed this application in the Federal Court of Canada.

#### PRELIMINARY MOTIONS

At the outset of this hearing, counsel for the applicant moved to add Terry Lavallée as a respondent. Counsel said this was necessary due to her desire to seek a declaration that Mr. Lavallée is illegally acting as Chief of the Band and an injunction enjoining him from exercising any authority or performing any duties as Chief of the Band.

Counsel for the respondents acknowledged that if the order of the Court resulted in a quashing of the decision of the Appeal Tribunal, it was likely that everything following from such decision would have no legal effect, including the subsequent election in which Mr. Lavallée was elected Chief.

After hearing argument, I denied this preliminary motion. In my opinion if an order were to issue quashing the decision of the Appeal Tribunal, and Mr. Lavallée did not voluntarily relinquish the position of Chief, a subsequent application could be brought seeking the appropriate order to ensure that the order quashing the decision of the Appeal Tribunal would be effective. I indicated to counsel that I would consider remaining seized of the matter for that purpose.

A second preliminary motion was made by counsel for the respondents and related to the submission by counsel for the applicant that the Appeal Tribunal

des candidats défaits, Terry Lavallée, a interjeté appel de l'élection à un tribunal d'appel établi conformément à la Loi, au motif que deux des cinq candidats à l'élection (autres que M. Sparvier et lui-même) étaient des non-résidents, et donc inéligibles. Le tribunal d'appel a tenu une audience le 5 mai 1992 et a ordonné une nouvelle élection qui a eu lieu le 22 mai 1992. Terry Lavallée a remporté la deuxième élection. Après la décision du tribunal d'appel, rendue le 5 mai 1992, le requérant a intenté des procédures devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan pour contester la compétence du tribunal d'appel, sa procédure et la décision qu'il a rendue. Cette Cour a décliné sa compétence pour entendre la demande. Par la suite, le requérant a déposé la présente demande devant la Cour fédérale du Canada.

#### d REQUÊTES PRÉLIMINAIRES

Au début de l'audience, l'avocate du requérant a présenté une requête pour constituer Terry Lavallée intimé. Selon elle, cette mesure était nécessaire, pour obtenir un jugement déclaratoire portant que M. Lavallée agissait illégalement comme chef de la bande et une injonction lui interdisant d'exercer tout pouvoir comme chef de la bande ou de remplir toute fonction en cette qualité.

L'avocat des intimés a reconnu que si l'ordonnance de la Cour annulait la décision du tribunal d'appel, tout ce qui avait suivi cette décision serait probablement sans effet, au plan juridique, y compris l'élection subséquente de M. Lavallée comme chef.

Après avoir entendu les arguments des parties, j'ai rejeté cette requête préliminaire. À mon avis, si la Cour devait rendre une ordonnance annulant la décision du tribunal d'appel, et si M. Lavallée ne renonçait pas au poste de chef, une demande pourrait être présentée par la suite en vue d'obtenir l'ordonnance appropriée pour assurer l'exécution de l'ordonnance annulant la décision du tribunal d'appel. J'ai dit aux avocats que j'envisagerais de demeurer saisi du dossier à cette fin.

L'avocat des intimés a présenté une deuxième requête préliminaire relativement à l'allégation de l'avocate du requérant selon laquelle le tribunal d'ap-

was not properly constituted. Specifically, counsel for the respondents argued that the issue of the constitution of the Appeal Tribunal required the calling of *viva voce* evidence. He submitted there were discrepancies in the affidavit evidence between the applicant and the respondents and that the only way to resolve such discrepancies would be by way of oral evidence. He therefore sought an order that the application be treated as an action and that evidence be heard on this and other issues.

Counsel for the applicant submitted that there was evidence as to how the Appeal Tribunal was constituted in 1989 which gave an indication of the customs and tradition relating to this matter. Therefore the affidavit evidence before the Court was sufficient.

I decided to reserve my decision on this matter and directed the parties to argue the matter on the basis of the written material. I indicated that, if necessary, the calling of *viva voce* evidence could be considered subsequently. In view of my decision in respect of the constitution of the Appeal Tribunal, it is not necessary that *viva voce* evidence on custom and tradition be called on that issue and the motion of the respondents is therefore denied.

#### JURISDICTION OF THE FEDERAL COURT

On May 19, 1992, Mr. Sparvier made an application to the Court of Queen's Bench of Saskatchewan to quash the decision of the Appeal Tribunal. Mr. Justice McLean of that Court ruled that the Federal Court of Canada had exclusive jurisdiction to deal with the subject-matter of the application and declined jurisdiction on that basis.

The parties have agreed that this Court has jurisdiction to decide this matter. However, because jurisdiction cannot be conferred by consent, I will set forth my reasons as to why I have concluded that this Court has such jurisdiction.

By Order in Council P.C. 6016, dated November 12, 1951 [SOR/51-529], it was declared that the Cowessess Indian Band No. 73 would conduct its elections for Chief and Band Councillors in accordance with the provisions of the *The Indian Act* [S.C. 1951, c. 29]. In or about 1980, the Cowessess Band

pel n'avait pas été dûment constitué. Plus précisément, l'avocat des intimés a plaidé que la question de la constitution du tribunal d'appel exigeait l'audition de témoins. Selon lui, il y avait des divergences entre la preuve par affidavit du requérant et celle des intimés, et la seule manière de résoudre ces divergences était d'entendre des témoins. Il a donc demandé que la demande soit traitée comme une action et que des témoins soient entendus sur cette question et d'autres.

L'avocate du requérant a prétendu qu'il y avait une preuve sur la manière dont le tribunal d'appel avait été constitué en 1989, preuve qui permettait de connaître les coutumes et la tradition qui se rapportaient à cette question. Par conséquent, la preuve par affidavit dont la Cour avait connaissance était suffisante.

J'ai décidé de mettre cette question en délibéré et j'ai demandé aux parties de plaider la requête en s'appuyant sur la preuve écrite. J'ai dit que la possibilité d'entendre des témoins pouvait être envisagée par la suite, si nécessaire. Vu ma décision en ce qui concerne la constitution du tribunal d'appel, il n'est pas nécessaire, pour résoudre cette question, d'entendre des témoins sur la coutume et la tradition, si bien que la requête des intimés est rejetée.

#### f COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE

Le 19 mai 1992, M. Sparvier a demandé à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan d'annuler la décision du tribunal d'appel. M. le juge McLean de cette Cour a statué que seule la Cour fédérale du Canada connaissait de la question soulevée dans la demande et a décliné sa compétence pour ce motif.

De l'avis des parties, cette Cour connaît de la présente demande. Cependant, parce que le consentement ne saurait conférer la compétence, je vais énoncer les motifs pour lesquels j'ai conclu que cette Cour connaît de la demande.

Aux termes du décret C.P. 6016, en date du 12 novembre 1951 [DORS/51-529], la bande indienne Cowessess n° 73 devait élire le chef et les conseillers de la bande conformément aux dispositions de *La Loi sur les Indiens* [S.C. 1951, ch. 29]. Vers 1980, la bande Cowessess a adopté la «Cowessess Indian



adopted the "Cowessess Indian Reserve Elections Act" which codified, at least to some extent, the Band's customs as the basis for selecting a chief and councillors. This reversion to Band custom was approved by the federal government on the 10th day of November, 1980, when Order in Council P.C. 6016 was amended by deleting from the Schedule thereto, the Cowessess Band of Indians. The effect of this deletion was that members of the Cowessess Band would no longer select their Chief and Councillors pursuant to the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6] but rather, according to the custom of their Band. As a result, the Cowessess Indian Reserve Elections Act enacted by the Cowessess Indian Band No. 73 now governs the election of chief and councillors.

This application was brought pursuant to section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act*. In order for the Court to have jurisdiction, it must be shown that the decision being reviewed is one made by a "federal board, commission or other tribunal" as defined in section 2 [as am. *idem*, s. 1] of the *Federal Court Act*. Section 2 states:

2. . . .

"federal board, commission or other tribunal" means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

It is well settled that for purposes of judicial review, an Indian band council and persons purporting to exercise authority over members of Indian bands who act pursuant to provisions of the *Indian Act* constitute a "federal, board, commission or other tribunal" as defined in section 2 of the *Federal Court Act*. See *Trotchie v. The Queen et al.*, [1981] 2 C.N.L.R. 147 (F.C.T.D.); *Beauvais v. R.*, [1982] 1 F.C. 171 (T.D.); *Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168 (Alta. T.D.). *Gabriel v. Canatonquin*, [1978] 1 F.C. 124 (T.D.); affd [1980] 2 F.C. 792 (C.A.), decided that an Indian band council came within the jurisdiction of the Federal Court where the election of the band council was pursuant to band custom and

Reserve Elections Act», laquelle a codifié, en partie du moins, les coutumes de la bande pour choisir un chef et des conseillers. Ce rétablissement de la coutume de la bande a été approuvé par le gouvernement fédéral le 10 novembre 1980, lorsque le décret C.P. 6016 a été modifié par la radiation, de son annexe, de la bande indienne Cowessess. Cette mesure a fait en sorte que les membres de la bande Cowessess ne choisissent plus leurs chefs et leurs conseillers conformément à la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6], mais plutôt selon la coutume de leur bande. Par conséquent, la Cowessess Indian Reserve Elections Act, édictée par la bande indienne Cowessess n° 73, régit maintenant l'élection du chef et des conseillers.

La présente demande est fondée sur l'article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pour que la Cour ait compétence, il faut démontrer que la décision contrôlée a été rendue par un «office fédéral», défini à l'article 2 [mod., *idem*, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'article 2 dispose:

2. . . .

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prerogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il est bien établi qu'aux fins d'un contrôle judiciaire, un conseil de bande indienne et les personnes qui sont censées exercer des pouvoirs sur les membres d'une bande indienne, et qui agissent conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* constituent un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Voir les jugements *Trotchie c. La Reine et autres*, [1981] 2 C.N.L.R. 147 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Beauvais c. R.*, [1982] 1 C.F. 171 (1<sup>re</sup> inst.); et *Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168 (Alb. 1<sup>re</sup> inst.). Dans l'arrêt *Gabriel c. Canatonquin*, [1978] 1 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1980] 2 C.F. 792 (C.A.), il a été jugé qu'un conseil de bande indienne relevait de la compétence de la Cour fédé-

not the *Indian Act*. Pratte J.A., in writing for the Court, stated at page 793:

We are all of the view that the judgment below [[1978] 1 F.C. 124] correctly held that the council of an Indian band is a "federal board" within the meaning of section 2 of the *Federal Court Act* . . . .

We see no merit in the appellants' contention that the Trial Division does not have jurisdiction because the only issue raised by the action, namely the validity of the election of the defendants to the Council of the Band, is governed by customary Indian law and not by a federal statute.

If *Gabriel v. Canatonquin* is correct and a council of a band, elected pursuant to customary Indian law, is a federal board in the same manner as would be the case had it been elected pursuant to a federal statute such as the *Indian Act*, then an appeal tribunal, elected pursuant to customary Indian law would, by similar logic, be a federal board.

The Appeal Tribunal in this case derives its power from band custom including the Cowessess Indian Reserve Elections Act. Applying *Gabriel v. Canatonquin*, the Appeal Tribunal is a federal board. This Court thus has jurisdiction to decide this application.

I now turn to the substantive matters before me.

#### CHRONOLOGY OF EVENTS

March 2, 1992—

Special meeting of Band Council.

Electoral Officer and Deputy Electoral Officer appointed.

Nomination date of April 3, 1992 set.

Appeal Tribunal members and alternates proposed and agreed upon by Band Council. The members were to be Clifford Lerat, Bob Stevenson and Maryanne Lavallée. If any of these persons did not wish to participate, Muriel Lavallée and/or Sam Sparvier would be asked.

rale lorsque l'élection du conseil de la bande avait été tenue conformément à la coutume de la bande et non la *Loi sur les Indiens*. Au nom de la Cour, le juge Pratte, J.C.A., a affirmé ce qui suit à la page 793:

<sup>a</sup> Nous sommes tous d'avis que le jugement de première instance [[1978] 1 C.F. 124] a correctement statué que le conseil d'une bande indienne constitue un «office fédéral» au sens de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* . . .

<sup>b</sup> Nous jugeons non fondée la prétention des appelants selon laquelle la Division de première instance n'a pas la compétence parce que le seul point en litige en l'espèce, soit la validité de l'élection des défendeurs au conseil de la bande, est régi par la coutume de la bande indienne et non par une loi fédérale.

<sup>c</sup> Si l'arrêt *Gabriel c. Canatonquin* est bien fondé et si le conseil d'une bande indienne, élu conformément à la coutume de celle-ci, est un office fédéral au même titre que s'il avait été élu conformément à une loi fédérale comme la *Loi sur les Indiens*, il s'ensuit qu'un tribunal d'appel, élu conformément à la coutume de la bande indienne, serait pareillement un office fédéral.

<sup>e</sup> En l'espèce, le tribunal d'appel tire son pouvoir de la coutume de la bande, y compris la Cowessess Indian Reserve Elections Act. Si l'on applique l'arrêt *Gabriel c. Canatonquin*, le tribunal d'appel est un office fédéral. Cette Cour connaît donc de la présente demande.

J'examine maintenant les questions de fond dont je suis saisi.

#### <sup>g</sup> CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS

Le 2 mars 1992—

Réunion extraordinaire du conseil de la bande.

<sup>h</sup> Nomination du directeur des élections et de son adjoint.

La date de la présentation des candidats est fixée au 3 avril 1992.

<sup>i</sup> Le conseil de la bande propose et choisit les membres du tribunal d'appel et leurs suppléants. Les membres choisis étaient Clifford Lerat, Bob Stevenson et Maryanne Lavallée. Si certains d'entre eux ne voulaient pas participer, Muriel Lavallée ou Sam Sparvier seraient invités à le faire.

April 3, 1992— Nomination date.	Le 3 avril 1992— Date de la présentation des candidats.
April 16, 1992— Regular meeting of Band Council. Appeal Tribunal members and alternate confirmed. Members were Sam Sparvier, Maryanne Lavallée and Muriel Lavallée. The alternate was Clifford Lerat.	Le 16 avril 1992— <sup>a</sup> Réunion ordinaire du conseil de la bande. Ratification du choix des membres du tribunal d'appel et d'un suppléant. Les membres étaient Sam Sparvier, Maryanne Lavallée et Muriel Lavallée. Le suppléant était Clifford Lerat.
April 24, 1992— Election for Chief and Councillors held. Results of the election:	Le 24 avril 1992— Élection du chef et des conseillers. <sup>c</sup> Résultats de l'élection:
Ken Sparvier            137	Ken Sparvier            137
Terry Lavallée        121	Terry Lavallée        121
Reynold Delorme     86	<sup>d</sup> Reynold Delorme     86
Theresa Stevenson    67	Theresa Stevenson    67
Tony Sparvier <u>17</u>	Tony Sparvier <u>17</u>
Total:                408	Total:                408
April 30, 1992— Notice of appeal to Appeal Tribunal filed by Terry Lavallée.	<sup>e</sup> Le 30 avril 1992— Terry Lavallée dépose un avis d'appel au tribunal d'appel.
May 4, 1992— Recount of ballots. Notice by Appeal Tribunal that hearing would be held on appeal of Terry Lavallée on May 5, 1992.	<sup>f</sup> Le 4 mai 1992— Nouveau dépouillement du scrutin. Avis du tribunal d'appel que l'appel de Terry Lavallée serait entendu le 5 mai 1992.
May 5, 1992— Hearing of Appeal Tribunal.	<sup>g</sup> Le 5 mai 1992— Audience devant le tribunal d'appel.
May 19, 1992— Applicant applies to Court of Queen's Bench for relief. Court of Queen's Bench declines jurisdiction.	Le 19 mai 1992— <sup>h</sup> Le requérant intente un recours devant la Cour du Banc de la Reine. La Cour du Banc de la Reine décline sa compétence.
May 22, 1992— Second election held. Results of this election:	Le 22 mai 1992— <sup>i</sup> Deuxième élection. Résultats de cette élection:
Terry Lavallée        220	Terry Lavallée        220
Ken Sparvier         106	Ken Sparvier         106
Theresa Stevenson <u>21</u>	<sup>j</sup> Theresa Stevenson <u>21</u>
Total:                347	Total:                347

ANALYSIS1. Constitution of the Appeal Tribunal

The first substantive argument of the applicant was that the Appeal Tribunal was not properly constituted. Counsel for the applicant submitted that the Cowessess Indian Reserve Elections Act contains provisions which reflect certain customs and traditions of the Band respecting elections. In particular, I was referred to paragraph 6(4)(a) of the Act which states:

6. (4) A Tribunal will rule on whether to allow or disallow an appeal hearing.

(a) The Tribunal will be elected before the nomination meeting and will consist of persons from the Cowessess Reserve membership.

In this case, the nomination meeting was held on April 3, 1992, but the Appeal Tribunal referred to in paragraph 6(4)(a) was not, in the submission of counsel for the applicant, constituted until April 16, 1992. Counsel for the applicant argued that since the Appeal Tribunal was elected after the nomination meeting, it was not constituted in conformity with paragraph 6(4)(a) and had no legal status. Although counsel for the applicant acknowledged that the Act was not a "code" and should not be considered to be a comprehensive enactment governing all matters to do with the election of Chief and Councillors of the Band, she argued that it was specific with respect to the Appeal Tribunal and, in particular, that the Appeal Tribunal must be constituted before the nomination meeting.

Counsel for the applicant submitted that the reason for this timing requirement in the Act was to avoid members of the Band becoming involved, in a partisan way, at a nomination meeting and then being selected for what was supposed to be an impartial Appeal Tribunal to deal with election irregularities. Applicant's counsel also acknowledged that the timing in paragraph 6(4)(a) of the Act may be necessary in order for the Appeal Tribunal to be in place to deal with any election irregularity that takes place through the entire election process including the nomination process.

ANALYSE1. Constitution du tribunal d'appel

Le premier argument de fond du requérant était que le tribunal d'appel n'était pas dûment constitué. Son avocate a soutenu que la Cowessess Indian Reserve Elections Act renfermait des dispositions qui reflétaient certaines coutumes et traditions de la bande en matière d'élections. En particulier, elle a attiré mon attention sur l'alinéa 6(4)a) de la Loi qui dispose:

[TRADUCTION] 6. (4) Un tribunal autorise ou refuse une audience d'appel.

a) Le tribunal sera élu avant la réunion de présentation des candidats et il sera composé de membres de la réserve Cowessess.

En l'espèce, la réunion de présentation des candidats a été tenue le 3 avril 1992. Or, selon l'avocate du requérant, le tribunal d'appel mentionné à l'alinéa 6(4)a) n'a été constitué que le 16 avril 1992. Toujours selon l'avocate du requérant, puisque le tribunal d'appel a été élu après la réunion de présentation des candidats, il n'a pas été constitué conformément à l'alinéa 6(4)a) et n'a aucun statut juridique. L'avocate du requérant a reconnu que la Loi n'était pas un «code» et qu'elle ne devait pas être considérée comme un texte législatif complet régissant toutes les questions qui se rapportaient à l'élection du chef et des conseillers de la bande. Cependant, elle a soutenu que la Loi renfermait des dispositions expresses en ce qui avait trait au tribunal d'appel et qu'elle prévoyait, en particulier, que celui-ci devait être constitué avant la réunion de présentation des candidats.

D'après l'avocate du requérant, si la Loi imposait une telle chronologie, c'était pour éviter que les membres de la bande participent, de façon partisane, à une réunion de présentation des candidats et qu'ils soient ensuite choisis pour siéger sur ce qui était censé être un tribunal d'appel impartial chargé de traiter les irrégularités électorales. L'avocate du requérant a également reconnu que les délais prévus à l'alinéa 6(4)a) de la Loi étaient peut-être nécessaires pour permettre au tribunal d'appel de traiter toute irrégularité électorale qui se produirait à n'importe quelle étape du processus d'élection, y compris le processus de présentation des candidats.

Counsel for the respondents submitted that if the Appeal Tribunal had not been properly constituted, then the first election itself would have no legal effect since an integral part of the election process had not been properly established.

The members of the Appeal Tribunal had been proposed and agreed upon by the Band Council at its meeting on March 2, 1992. The membership and alternate member of the Tribunal were confirmed on April 16, 1992. While I think a good argument could be made that the members were "elected" on March 2, 1992, before the nomination meeting, I will, for the purposes of this decision, assume that they were not and that there was not formal compliance with paragraph 6(4)(a) of the Act.

Essentially, the question with which I must deal is whether the non-compliance with paragraph 6(4)(a) of the Cowessess Indian Reserve Election Act has the effect of invalidating the actions taken by the Appeal Tribunal. This raises the issue of whether paragraph 6(4)(a) is mandatory or merely directory.

The leading case in this area of the law is the decision of the House of Lords in *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.). In that case, it was claimed that a jury verdict should be set aside due to the failure of the sheriff to update the voters list from which were taken prospective members of juries. At pages 174 and 175, Sir Arthur Channel for the House of Lords stated:

It is necessary to consider the principles which have been adopted in construing statutes of this character, and the authorities so far as there are any on the particular question arising here. The question whether provisions in a statute are directory or imperative has very frequently arisen in this country, but it has been said that no general rule can be laid down, and that in every case the object of the statute must be looked at. The cases on the subject will be found collected in Maxwell on Statutes, 5th ed., p. 596 and following pages. When the provisions of a statute relate to the performance of a public duty and the case is such that to hold null and void acts done in neglect of this duty would work serious general inconvenience, or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty, and at the same time would not promote the main object of the Legislature, it has been the practice to hold such provisions to be directory only, the neglect of them,

L'avocat des intimés a soutenu que si le tribunal d'appel n'avait pas été dûment constitué, la première élection elle-même n'aurait aucun effet juridique puisqu'une partie intégrante du processus électoral n'avait pas été dûment établie.

Les membres du tribunal d'appel avaient été proposés et choisis par le conseil de la bande à sa réunion du 2 mars 1992. Le choix des membres du tribunal, y compris le membre suppléant, a été confirmé le 16 avril 1992. Bien qu'à mon avis, l'on pourrait fort bien prétendre que les membres avaient été «élus» le 2 mars 1992, avant la réunion de présentation des candidats, je présumerai, pour les fins du présent jugement, qu'ils ne l'ont pas été et que les formalités prévues à l'alinéa 6(4)a) de la Loi n'ont pas été respectées.

Essentiellement, la question que je dois trancher est de savoir si l'inobservation de l'alinéa 6(4)a) de la Cowessess Indian Reserve Elections Act a pour effet d'invalidier les actes du tribunal d'appel. Il faut donc se demander si l'alinéa 6(4)a) est impératif ou simplement directif.

L'arrêt le plus important dans ce domaine du droit a été rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Montreal Street Railway Company v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.). Dans cette affaire, l'on avait prétendu que le verdict d'un jury devait être annulé vu que le shérif n'avait pas mis à jour la liste électorale à partir de laquelle étaient choisis les jurés éventuels. Aux pages 174 et 175, Sir Arthur Channel a affirmé ce qui suit au nom de la Chambre des lords:

[TRADUCTION] Il est nécessaire d'examiner les règles d'interprétation des lois de ce genre et la jurisprudence, dans la mesure où il y en a, sur le point particulier soulevé ici. La question de savoir si les dispositions d'une loi sont directives ou impératives a très souvent été soulevée dans notre pays, mais on a dit qu'il n'est pas possible d'établir une règle générale et que, dans chaque cas, il faut considérer l'objet de la loi. La jurisprudence sur le sujet est rassemblée dans Maxwell on Statutes, 5th ed., aux pages 596 et suivantes. Lorsque les dispositions d'une loi se rapportent à l'exécution d'un devoir public et que, dans un cas donné, déclarer nuls et non avenue des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir une injustice ou des incon vénients généraux graves, et en même temps n'aiderait pas à atteindre l'objet principal visé par le législateur, on conclut habituellement que

though punishable, not affecting the validity of the acts done.  
[Emphasis mine.]

In the case of *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20 (T.D.), Addy J., after adopting the passage from *Montreal Street Railway* quoted above, stated at page 71 of his decision:

Examination of the object of the statute reveals that a decision which would render the surrender null and void solely because of non-compliance with the formalities of subsection 51(3) would certainly not promote the main object of the legislation where all substantial requirements have been fulfilled; it might well cause serious inconveniences or injustice to persons having no control over those entrusted with the duty of furnishing evidence of compliance in proper form. In the subsection, unlike subsection (1), where it is provided that unless it is complied with no surrender shall be valid or binding, there is no provision for any consequences of non-observance. I therefore conclude that the provisions of subsection 51(3) are merely directory and not mandatory.

The *Montreal Street Railway* decision was also cited in *Simpson v. Attorney-General*, [1955] N.Z.L.R. 271 (S.C.); affd [1955] N.Z.L.R. 276 (C.A.). That case involved the question of whether the Parliament of New Zealand was properly constituted in light of the writs for election apparently not being made returnable within the time designated by the relevant legislation. At page 275, Barrowclough C.J. stated:

The main object of that Act I conceive to be to sustain, and not to destroy the House of Representatives; and I am satisfied that those provisions of s. 101 which relate to the times when the warrant and the writs shall be issued are directory and not mandatory; and that neglect to take, within the specified times, the several steps there directed cannot invalidate the election.

The main object of the Cowessess Indian Reserve Elections Act is to provide the mechanism to elect a Chief and Band Council in accordance with Band custom. The Appeal Tribunal is to be elected to deal with election practices or illegal, corrupt or criminal practices of candidates as more particularly set forth in subsection 6(2) of the Act:

ces dispositions ne sont que directives et que leur non-respect, bien qu'il puisse entraîner des sanctions, ne porte pas atteinte à la validité des actes accomplis. [C'est moi qui souligne.]

Dans le jugement *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Addy, après avoir entériné le passage précité de l'arrêt *Montreal Street Railway*, a affirmé ce qui suit à la page 71 de son jugement:

L'examen de l'objet de la Loi montre qu'une décision invalidant la cession pour la seule raison que les formalités prescrites par le paragraphe 51(3) n'ont pas été respectées ne favoriserait certainement pas la réalisation du principal objectif de la législation lorsque toutes les exigences essentielles ont été remplies. Il se pourrait fort bien que des personnes n'ayant aucune autorité sur ceux qui sont chargés de prouver l'observation des formalités prescrites subissent de ce fait de graves inconvénients ou fassent l'objet d'une injustice. Contrairement au paragraphe (1) qui porte qu'en cas d'inobservation de ces dispositions, la cession n'est ni valide ni obligatoire, le paragraphe 51(3) n'envisage pas les conséquences du non-respect de ses exigences. Je conclus donc que les dispositions du paragraphe 51(3) sont simplement supplétives [directives], et non impératives.

L'arrêt *Montreal Street Railway* a également été cité dans l'arrêt *Simpson v. Attorney-General*, [1955] N.Z.L.R. 271 (S.C.); conf. par [1955] N.Z.L.R. 276 (C.A.). Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si le Parlement de la Nouvelle-Zélande avait été dûment constitué vu que l'on n'avait apparemment pas demandé que les brefs d'élection soient rapportés dans le délai prévu par la loi pertinente. À la page 275, le juge en chef Barrowclough a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] À mon sens, l'objet principal de cette loi est de maintenir la Chambre des représentants et non de la dissoudre; je suis convaincu que les dispositions de l'art. 101 qui prévoient les délais dans lesquels le mandat et les brefs doivent être décernés sont directifs et non impératifs; je suis également convaincu que le fait de ne pas avoir suivi, dans les délais prévus, les nombreuses formalités qui y sont prescrites ne saurait invalider l'élection.

L'objet principal de la Cowessess Indian Reserve Elections Act est de prévoir le mécanisme qui permet d'élire un chef et un conseil de bande conformément à la coutume de la bande. Le tribunal d'appel doit être élu pour traiter les pratiques électorales ou les pratiques illégales, corrompues ou criminelles des candidats, conformément à ce qui est prévu plus particulièrement au paragraphe 6(2) de la Loi:

6. (2) Grounds for an appeal are restricted to:

(a) Election practices which contravene this Act.

(b) Illegal, corrupt or criminal practice on the part of the candidate which might discredit the high integrity of the Indian Government of Cowessess Reserve.

In my view, an important reason for electing the Appeal Tribunal before the nomination meeting is that it will be in place throughout the election process to deal with the matters over which it has jurisdiction. Another reason for it being constituted before the nomination meeting may be that its members will, at an early stage, avoid becoming involved in a partisan way in the election. Neither reason, however, suggests that the timing of the election of the Appeal Tribunal is of such overriding importance that non-compliance with the timing requirement of paragraph 6(4)(a) should result in the actions of an appeal tribunal elected after a nomination meeting being of no legal effect.

In my opinion, if the Tribunal is not elected until some portion of the election process has taken place, it may still deal with appeals once it is constituted. If any member finds that he or she has become aligned with a candidate in such a manner as to raise a reasonable apprehension of bias, he or she should not accept election to the Appeal Tribunal.

Invalidate the actions of an appeal tribunal solely because it was elected after the nomination date could well work a serious inconvenience or injustice to the members of the Band who have no control over those entrusted with ensuring compliance with the Act. I am satisfied that the provision requiring that the Appeal Tribunal be elected before the nomination meeting is, in the context of the Act, directory and not mandatory, and that non-compliance does not result in the Appeal Tribunal not being properly constituted. Nor does non-compliance invalidate the election process or the actions or orders of the Appeal Tribunal.

## 2. Excess of Jurisdiction—Residency

In this case, the Appeal Tribunal found that the election of April 24, 1992, in which the applicant was

[TRANSLATION] 6. (2) Les motifs d'appel se limitent à ce qui suit:

a) les pratiques électorales qui contreviennent à la présente loi;

b) les pratiques illégales, corrompues ou criminelles d'un candidat qui risquent de déconsidérer la grande intégrité du gouvernement indien de la réserve Cowessess.

À mon avis, il est important que le tribunal d'appel soit élu avant la réunion de présentation des candidats pour qu'il soit en place pendant tout le processus électoral afin de traiter les questions qui relèvent de sa compétence. Si le tribunal d'appel doit être constitué avant la réunion de présentation des candidats, c'est peut-être aussi pour que ses membres, dès le début, évitent de prendre part, de façon partisane, à l'élection. Cependant, ni l'une ni l'autre de ces raisons ne font croire que les délais prévus pour l'élection du tribunal d'appel aient une telle importance que leur inobservation, contraire à l'alinéa 6(4)a), doive entraîner la nullité juridique des actes d'un tribunal d'appel élu après une réunion de présentation des candidats.

À mon avis, le tribunal, une fois constitué, peut néanmoins entendre des appels même s'il a été élu après le commencement du processus électoral. Si un membre constate qu'il est devenu le partisan d'un candidat de sorte que cela soulève une crainte raisonnable de partialité, il devrait décliner son élection au tribunal d'appel.

Le fait d'invalider les actes d'un tribunal d'appel du seul fait qu'il a été élu après la date de la présentation des candidats pourrait très bien entraîner, pour des membres de la bande qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de faire respecter la Loi, une injustice ou des inconvénients graves. Je suis convaincu que la disposition en vertu de laquelle le tribunal d'appel doit être élu avant la réunion de présentation des candidats est, d'après l'économie de la Loi, directive et non impérative, et que le non-respect de cette disposition n'a pas empêché le tribunal d'appel d'être dûment constitué. En outre, le non-respect de cette disposition n'invalide pas le processus électoral ou les actes ou ordonnances du tribunal d'appel.

## 2. Excès de pouvoir—Résidence

En l'espèce, le tribunal d'appel a jugé invalide le scrutin du 24 avril 1992, au cours duquel le requérant

elected Chief was invalid because two of the five candidates failed to meet the residency qualification of the Act. The Tribunal's decision states:

(1) To the best of our ability and in reference to the stipulations as outlined in the Cowessess Band Election Act [*sic*] we find that the candidates for the position of Chief, namely Reynold Delorme and C. Tony Sparvier fail to meet the definition of the term "resident" as stated in the Cowessess Band Election Act [*sic*]. Therefore it is the decision of the Tribunal that these two individuals names be deleted from the ballot and that a re-election for the position of Chief be held with the remaining candidates names intact on the new ballot. The office of Chief will remain vacant until the results of such election become evident. This re-election to be scheduled and held at the earliest possible date to be set by the Electoral [*sic*] Officer.

The issue of residency is dealt with in subsection 2(7) of the Act. It states:

2. (7) All Candidates for Chief and Councillors must file nomination documentation to show non-conflict of interests. Candidates must be a resident of the Reserve for a period of one year before nomination.

Counsel for the applicant submitted that a ruling on residency did not fall within the jurisdiction of the Appeal Tribunal because this issue did not constitute an election practice or an illegal, corrupt or criminal practice referred to in subsection 6(2) of the Act. It was submitted that the jurisdiction of the Appeal Tribunal was narrowly circumscribed in subsection 6(2) and was intended to cover procedural matters in the course of an election only. Further, it was submitted that the issue of residency is unclear as resident or residency is not defined in the Act. Finally, it was said that it could not be reasonably argued that the candidates whose residency was being challenged, had participated in any illegal, corrupt or criminal practice.

Counsel for the respondents argued that the two candidates whose residency was questioned signed a consent to nomination, declaring that to the best of their knowledge and belief, they were legally qualified to be nominated, elected and to hold the office of Chief. He submitted that the process of being nominated and consenting to nomination was an election practice and that, in declaring that they were legally

a été élu chef parce que deux des cinq candidats ne remplissaient pas les conditions en matière de résidence prévues par la Loi. Dans sa décision, le tribunal a affirmé ce qui suit:

[TRADUCTION] (1) Après avoir mûrement délibéré, et vu les dispositions de la Cowessess Band Election Act [*sic*], nous concluons que les deux candidats au poste de chef, c'est-à-dire Reynold Delorme et C. Tony Sparvier ne sont pas des «résidents» au sens de la Cowessess Band Election Act [*sic*]. Par conséquent, le tribunal ordonne que les noms de ces deux candidats soient rayés du bulletin de vote et qu'une nouvelle élection pour le poste de chef soit tenue, attendu que les noms des autres candidats figureront tels quels sur le nouveau bulletin de vote. Le poste de chef demeurera vacant jusqu'à ce que les résultats de cette élection soient connus. Cette nouvelle élection doit être tenue le plus tôt possible, à la date fixée par le directeur des élections.

La question de la résidence est traitée au paragraphe 2(7) de la Loi. Ce paragraphe dispose:

[TRADUCTION] 2. (7) Tous les candidats aux postes de chef et de conseillers doivent déposer des documents de présentation des candidats pour montrer qu'ils ne sont pas en conflit d'intérêts. Les candidats doivent avoir été résidents de la réserve depuis un an avant la présentation des candidats.

L'avocate du requérant a soutenu que le tribunal d'appel n'avait pas compétence pour statuer sur la résidence puisque cette question n'intéressait pas une pratique électorale ou une pratique illégale, corrompue ou criminelle visée par le paragraphe 6(2) de la Loi. Elle a soutenu que la compétence du tribunal d'appel était étroitement circonscrite par le paragraphe 6(2) et que cette compétence n'était censée porter que sur les questions de procédure dans le cours d'une élection. En outre, elle a fait valoir que la question de résidence n'était pas claire puisque les expressions «résident» ou «résidence» n'étaient pas définies dans la Loi. Enfin, elle a affirmé que l'on ne pouvait pas raisonnablement prétendre que les candidats dont la résidence était contestée avaient participé à une pratique illégale, corrompue ou criminelle.

L'avocat des intimés a plaidé que les deux candidats dont la résidence était contestée avaient signé un consentement à leur mise en candidature, déclarant qu'à leur connaissance, ils étaient habiles à être présentés comme candidats, à être élus et à occuper le poste de chef. Il a soutenu que le processus de mise en candidature, et de consentement à celle-ci, était une pratique électorale et qu'en se déclarant éligibles,



qualified to be nominated, these candidates misstated the facts with respect to their residency. Accordingly, it was within the jurisdiction of the Appeal Tribunal to deal with the matter.

My consideration of the Act has caused me to conclude that the Appeal Tribunal did not exceed its jurisdiction in respect of its decision regarding residency. The Appeal Tribunal is the only tribunal established by the Act to deal with contraventions of the Act. It is given the power to uphold the election or order a new election. Subsection 6(7) of the Act states:

6. (7) The decision of the group (6.6) will represent the final decision regarding the election. The hearing may:

- (a) Uphold the election.
- (b) Order a new election for the position(s) appealed only.

Counsel for the applicant urges an interpretation of the terms "election practices" or "illegal practices" in subsection 6(2) that would focus only on those matters related to election procedures. This would exclude the issue of residency which, in her submission, is a question of the eligibility of candidates to run for office and not election procedures.

I cannot agree with this distinction. Although I follow the interpretive approach she suggests, she has provided no rationale that would explain why the drafters of the Act intended to exclude the question of residency from the jurisdiction of the Appeal Tribunal. The Act has no other provision dealing with non-residency of candidates. If the Appeal Tribunal cannot deal with the issue, it would follow that a non-resident, if nominated, could become a councillor or chief contrary to the Act.

Counsel for the applicant argued that the time to raise such an issue would be at a nomination meeting. However, persons voting at a nomination meeting must still comply with the provisions of the Act. If the residency requirement is to be given meaning, the requirement must be one that can be enforced. It seems to me that the Appeal Tribunal process is the means which the Act has established for enforcing this requirement.

les intéressés ont fait une fausse déclaration en ce qui a trait à leur résidence. Par conséquent, le tribunal d'appel connaissait de cette affaire.

Après avoir examiné la Loi, j'ai conclu que le tribunal d'appel n'a pas excédé sa compétence en rendant sa décision en matière de résidence. Le tribunal d'appel est le seul tribunal établi par la Loi pour traiter les infractions à celle-ci. Il se voit conférer le pouvoir de maintenir l'élection ou d'en ordonner une nouvelle. Le paragraphe 6(7) de la Loi dispose:

[TRADUCTION] 6. (7) La décision du groupe (6.6) est finale en ce qui a trait à l'élection. Le tribunal peut:

- a) soit maintenir l'élection;
- b) soit ordonner la tenue d'une nouvelle élection pour les postes qui font l'objet de l'appel seulement.

Selon l'interprétation préconisée par l'avocate du requérant, les expressions «pratiques électorales» et «pratiques illégales», employées au paragraphe 6(2), viseraient uniquement les questions relatives aux procédures d'élection. Cette interprétation exclurait la question de résidence qui, selon elle, porte sur l'éligibilité des candidats et non sur les procédures d'élection.

Je ne puis souscrire à cette distinction. Bien que je comprenne l'interprétation que préconise l'avocate du requérant, celle-ci n'a pas expliqué pourquoi les rédacteurs de la Loi auraient voulu exclure la question de la résidence de la compétence du tribunal d'appel. La Loi ne renferme aucune autre disposition sur la non-résidence de candidats. Si le tribunal d'appel ne connaît pas de la question, il s'ensuivrait qu'un non-résident qui était proposé comme candidat pourrait devenir un conseiller ou un chef contrairement à la Loi.

Selon l'avocate du requérant, c'est au cours d'une réunion de présentation des candidats qu'une telle question devrait être soulevée. Cependant, les personnes qui votent à une réunion de présentation des candidats doivent quand même respecter les dispositions de la Loi. Si l'exigence en matière de résidence doit avoir un sens, il faut pouvoir la faire respecter. Il me semble que l'instance devant le tribunal d'appel est le moyen légal de faire respecter cette exigence.

In my view, the term “election practices” includes the question of eligibility to be a candidate for election. Further, for a non-resident to stand for nomination would amount to a practice that was illegal in that it would be contrary to subsection 2(7) of the Cowessess Indian Reserve Elections Act. As such, I conclude that the question of residency of candidates is within the jurisdiction of the Appeal Tribunal under subsection 6(2) of the Act.

The Act does not define residency. However, this in itself does not preclude the Appeal Tribunal from dealing with the issue. The Courts are regularly faced with the necessity of interpreting words that are not defined in relevant legislation.

### 3. Procedural Errors

Counsel for the applicant submitted that the Appeal Tribunal committed a number of procedural errors. First, it was alleged that a member of the Appeal Tribunal, Clifford Lerat, made negative remarks about the applicant during the Appeal Tribunal’s proceedings. Although Mr. Lerat did not participate in the vote of the Appeal Tribunal, it was submitted that his presence and comments created an apprehension of bias with respect to the proceedings and decision of the Tribunal. In addition, counsel for the applicant argued that Muriel Lavallée, another member of the Tribunal, rented farmland to Terry Lavallée, the applicant before the Appeal Tribunal. It was submitted that this also led to a reasonable apprehension of bias. Finally, on the question of bias, it was argued that a residency issue with respect to the election of one of the councillors was raised before the Appeal Tribunal but that this was never dealt with by the Tribunal.

Applicant’s counsel also submitted that there was no evidence before the Tribunal upon which it could rule on the residency of candidates. She therefore said that the Tribunal must have ruled on the basis of information not before it.

Applicant’s counsel also argued that the applicant was given only one day’s notice before the hearing and that this was tantamount to no notice at all, that the hearing was not an open one, and that the nature

À mon avis, l’expression «pratiques électorales» comprend la question de l’éligibilité d’un candidat. En outre, le fait pour un non-résident de se porter candidat reviendrait à commettre une illégalité puisqu’il contrevient au paragraphe 2(7) de la Cowessess Indian Reserve Elections Act. Par conséquent, je conclus que la question de la résidence des candidats relève de la compétence du tribunal d’appel en vertu du paragraphe 6(2) de la Loi.

La notion de résidence n’est pas définie dans la Loi. Cependant, le tribunal d’appel n’est pas empêché pour autant de traiter la question. Les cours de justice doivent régulièrement interpréter des mots qui ne sont pas définis dans la législation pertinente.

### 3. Erreurs de procédure

L’avocate du requérant a soutenu que le tribunal d’appel avait commis un certain nombre d’erreurs de procédure. Elle a d’abord allégué qu’un membre du tribunal d’appel, Clifford Lerat, avait fait des remarques désobligeantes envers le requérant à l’audience devant le tribunal d’appel. Bien que M. Lerat n’ait pas participé au vote du tribunal d’appel, l’avocate du requérant a prétendu que sa présence et ses commentaires avaient créé une crainte de partialité en ce qui a trait à la procédure et à la décision du tribunal. En outre, l’avocate du requérant a allégué que Muriel Lavallée, un autre membre du tribunal, avait loué une terre agricole à Terry Lavallée, le requérant devant le tribunal d’appel. Selon elle, cette situation a également suscité une crainte raisonnable de partialité. Enfin, sur la question de la partialité, l’avocate du requérant a plaidé qu’une question relative à la résidence de l’un des conseillers élus avait été soulevée devant le tribunal d’appel, mais que celui-ci n’en avait jamais traité.

L’avocate du requérant a également soutenu que le tribunal n’avait pris connaissance d’aucune preuve qui lui aurait permis de statuer sur la résidence des candidats. Par conséquent, affirme-t-elle, le tribunal a dû statuer en se fondant sur des renseignements qui n’avaient pas été mis en preuve.

L’avocate du requérant a également plaidé que son client n’avait été avisé de l’audience qu’un seul jour à l’avance et que cela revenait à ne pas avoir été avisé du tout, que l’audience n’avait pas été ouverte et que

of the hearing itself was not clearly disclosed to the parties. She therefore argued that even if the Tribunal had been properly constituted and had ruled within its jurisdiction, its procedures were so tainted that the decision could not stand in any event.

With respect to Mr. Lerat's presence, respondents' counsel argued that there was no evidence that he affected the decision of the Appeal Tribunal. As to Muriel Lavallée, respondents' counsel argued that because of the small size of bands, and the fact that in many cases, a band consists of only a few families, no procedure could be held without some relationship creating an apprehension of bias and that if such rule were strictly applied, it would run counter the trend toward increased Indian self-government.

On the question of notice, respondents' counsel submitted that there was no indication of any complaint by the applicant that he had not been given adequate notice and that the applicant did attend the meeting of the Appeal Tribunal and made submissions. Counsel for the respondents also said that the applicant knew that residency was the issue because the night before the meeting, he had questioned whether the Appeal Tribunal had jurisdiction to deal with the issue.

It was submitted by respondents' counsel that the Appeal Tribunal's proceedings were conducted in accordance with Band custom. Richard Redman, the Electoral Officer for the Band, stated at paragraph 24 of his affidavit:

24. THE procedure followed by the Tribunal at the hearing was in accordance with Band custom.

Respondents' counsel takes the position that because the procedure of the Appeal Tribunal was in accordance with Band custom, the degree of natural justice or procedural fairness owed to the applicant is minimal. To hold otherwise, it was said, would render nugatory the procedures followed by all other bands in Canada who elect their officials according to their own custom, because the Court would simply be

la nature de l'audience elle-même n'avait pas été clairement communiquée aux parties. Elle a donc fait valoir que même si le tribunal avait été dûment constitué et qu'il avait statué dans les limites de sa compétence, sa procédure était à ce point viciée que la décision ne pouvait être maintenue de toute façon.

En ce qui a trait à la présence de M. Lerat, l'avocat des intimés a soutenu qu'il n'y avait aucune preuve comme quoi il avait influencé la décision du tribunal d'appel. Quant à Muriel Lavallée, l'avocat des intimés a plaidé qu'aucune procédure ne pouvait être suivie sans que les intéressés n'aient entre eux quelque lien de parenté ou rapport créant une crainte de partialité, vu la petite taille des bandes et le fait que dans plusieurs cas, une bande ne comprenait que quelques familles. Selon l'avocat des intimés, l'application stricte d'une telle règle irait à l'encontre de la tendance en faveur d'une autonomie politique accrue pour les Indiens.

Sur la question de l'avis, l'avocat des intimés a fait valoir que rien n'indiquait que le requérant s'était plaint de ne pas avoir été avisé en temps voulu et que le requérant avait effectivement assisté à la réunion du tribunal d'appel et qu'il avait présenté des observations. L'avocat des intimés a également affirmé que le requérant savait que la résidence était la question en litige puisque la veille de la réunion, il avait mis en doute la compétence du tribunal d'appel en la matière.

Selon l'avocat des intimés, la procédure suivie par le tribunal d'appel était conforme à la coutume de la bande. Richard Redman, le directeur des élections de la bande, a affirmé ce qui suit au paragraphe 24 de son affidavit:

[TRADUCTION] 24. La procédure suivie par le tribunal à l'audience était conforme à la coutume de la bande.

L'avocat des intimés prétend que parce que la procédure du tribunal d'appel était conforme à la coutume de la bande, le degré de justice naturelle ou d'équité procédurale auquel le requérant avait droit était minime. Selon lui, en décider autrement aurait pour effet d'invalider les procédures suivies par toutes les autres bandes au Canada qui élisent leurs dirigeants selon leurs propres coutumes, puisque la Cour se

imposing its rules of procedure in place of customary band procedures.

No authority was cited by counsel for the respondents to the effect that the principles of natural justice or procedural fairness are not to be applied in situations where band custom dictates procedures to be followed by band tribunals.

While I accept the importance of an autonomous process for electing band governments, in my opinion, minimum standards of natural justice or procedural fairness must be met. I fully recognize that the political movement of Aboriginal People taking more control over their lives should not be quickly interfered with by the courts. However, members of bands are individuals who, in my opinion, are entitled to due process and procedural fairness in procedures of tribunals that affect them. To the extent that this Court has jurisdiction, the principles of natural justice and procedural fairness are to be applied.

In deciding what “principles” should apply to the matter at bar, I have had regard to the Supreme Court of Canada decision in *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1992] 3 S.C.R. 165, where at page 195 of the decision, Gonthier J., for the majority, states:

The content of the principles of natural justice is flexible and depends upon the circumstances in which the question arises. However, the most basic requirements are that of notice, opportunity to make representations, and an unbiased tribunal. [My emphasis.]

In the case at bar, there is an Appeal Tribunal that is empowered to make decisions affecting elections and the rights of candidates in those elections. Its powers entitle it to uphold an election or order a new election. It has a duty to consider appeals alleging election practices which contravene the Act or illegal, corrupt or criminal practices on the part of candidates.

In the material before me, counsel used the terms “natural justice” and “procedural fairness” interchangeably. Since *Nicholson v. Haldimand-Norfolk*

trouverait simplement à imposer ses propres règles de procédure à la place des procédures coutumières de la bande.

L’avocat des intimés n’a cité aucune jurisprudence ou doctrine selon laquelle les principes de justice naturelle ou d’équité procédurale ne doivent pas être appliqués dans les cas où la coutume de la bande prescrit les procédures que doivent suivre les tribunaux de bande.

Bien que j’accepte l’importance d’un processus autonome pour l’élection des gouvernements de bandes, j’estime que des normes minimales de justice naturelle ou d’équité procédurale doivent être respectées. Je reconnais pleinement que les tribunaux doivent éviter de s’immiscer dans le mouvement politique des peuples autochtones en vue d’acquiescer plus d’autonomie. Cependant, les membres des bandes sont des individus qui, à mon sens, ont le droit à ce que les tribunaux suivent une procédure équitable dans les instances qui les concernent. Dans la mesure où cette Cour a compétence, les principes de la justice naturelle et de l’équité procédurale doivent être appliqués.

Pour décider quels «principes» doivent s’appliquer en l’espèce, j’ai tenu compte de l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165, où, à la page 195 de l’arrêt, le juge Gonthier a affirmé ce qui suit pour la majorité:

Le contenu des principes de justice naturelle est souple et dépend des circonstances dans lesquelles la question se pose. Toutefois, les exigences les plus fondamentales sont la nécessité d’un avis, la possibilité de répondre et l’impartialité du tribunal. [C’est moi qui souligne.]

En l’espèce, il y a un tribunal d’appel qui a le pouvoir de prendre des décisions qui touchent les élections et les droits des candidats à ces élections. En vertu de ses pouvoirs, il peut maintenir une élection ou en ordonner une nouvelle. Il est tenu d’entendre les appels dans lesquels sont alléguées des pratiques électorales contraires à la Loi ou des pratiques illégales, corrompues ou criminelles de la part des candidats.

Dans les documents dont j’ai pris connaissance, les avocats ont employé indifféremment les expressions «justice naturelle» et «équité procédurale». Depuis

*Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, it has not been necessary to classify the functions of tribunals as judicial, quasi-judicial or administrative to ascertain whether principles of natural justice are applicable. *Nicholson* introduced the concept of procedural fairness which applied to all tribunals whether judicial, quasi-judicial or administrative.

In *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, Dickson J. (as he then was) in a concurring but separate judgment from the majority, stated at page 629:

In general, courts ought not to seek to distinguish between the two concepts [natural justice or procedural fairness], for the drawing of a distinction between a duty to act fairly, and a duty to act in accordance with the rules of natural justice, yields an unwieldy conceptual framework.

At page 630 he stated:

It is wrong, in my view, to regard natural justice and fairness as distinct and separate standards and to seek to define the procedural content of each.

Accordingly, the terminology I will use in this decision is procedural fairness.

I am satisfied that the Appeal Tribunal, in this case, had an obligation to conduct its proceedings in accordance with rules of procedural fairness. In *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, Le Dain J. stated at page 661:

The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have.

There is no question that the candidates in a band election are affected by a decision of an appeal tribunal. Whether the Appeal Tribunal is considered to be acting judicially, quasi-judicially or administratively, a fair hearing is essential.

Having come to this conclusion, I am of the opinion that the basic requirements set forth by Gonthier J. in *Hofer*, (*supra*), are applicable to the Appeal Tribunal of the Cowessess Indian Band No. 73. These

l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, il n'est plus nécessaire de qualifier les fonctions exercées par les tribunaux de judiciaires, de quasi judiciaires ou d'administratives pour savoir si les principes de la justice naturelle s'appliquent. L'arrêt *Nicholson* a introduit la notion d'équité procédurale qui s'appliquait à tous les tribunaux, qu'ils exercent des fonctions judiciaires, quasi judiciaires ou administratives.

Dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, le juge Dickson (tel était alors son titre), dans un jugement concordant mais distinct de celui de la majorité, a affirmé ce qui suit à la page 629:

En général, les cours ne devraient pas tenter de distinguer ces concepts l'un de l'autre [la justice naturelle et l'équité procédurale], car tracer une distinction entre une obligation d'agir équitablement et celle d'agir selon les règles de la justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile.

À la page 630, il affirmé ce qui suit:

À mon avis, il est erroné de considérer la justice naturelle et l'équité comme des normes distinctes et séparées et de chercher à définir le contenu procédural de chacune.

Par conséquent, dans le présent jugement, j'emploierai l'expression «équité procédurale».

Je suis convaincu que le tribunal d'appel, en l'espèce, avait l'obligation d'agir conformément aux règles de l'équité procédurale. Dans l'arrêt *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, le juge Le Dain a affirmé ce qui suit à la page 661:

Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit.

Il n'y a aucun doute que les candidats à une élection de bande sont touchés par une décision d'un tribunal d'appel. Que les fonctions exercées par le tribunal d'appel soient considérées comme judiciaires, quasi judiciaires ou administratives, une audition équitable est essentielle.

Vu cette conclusion, je suis d'avis que les exigences fondamentales énoncées par le juge Gonthier dans l'arrêt *Hofer*, (précité), s'appliquent au tribunal d'appel de la bande indienne Cowessess n° 73. Ces

are the requirements of an unbiased tribunal, notice and the opportunity to make representations.

#### a. Bias

The question of bias strikes at the heart of the validity of the Appeal Tribunal's actions. The underlying doctrine with respect to bias is based on the oft-quoted maxim of Lord Chief Justice Hewart in *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at page 259:

... justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.

The test for a reasonable apprehension of bias was stated by de Granpré J. in the *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394:

The proper test to be applied in a matter of this type was correctly expressed by the Court of Appeal. As already seen by the quotation above, the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and rightminded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. . . ."

The application of the test for reasonable apprehension of bias will depend on the nature of the tribunal in question. In *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, Cory J. states at pages 638-639:

It can be seen that there is a great diversity of administrative boards. Those that are primarily adjudicative in their functions will be expected to comply with the standard applicable to courts. That is to say that the conduct of the members of the board should be such that there could be no reasonable apprehension of bias with regard to their decision. At the other end of the scale are boards with popularly elected members such as those dealing with planning and development whose members are municipal councillors. With those boards, the standard will be much more lenient. In order to disqualify the members a challenging party must establish that there has been a pre-judgement of the matter to such an extent that any representations to the contrary would be futile. Administrative boards that deal with matters of policy will be closely comparable to the boards composed of municipal councillors. For those boards, a strict application of a reasonable apprehension of bias as a test might undermine the very role which has been entrusted to them by the legislature.

conditions sont: l'impartialité du tribunal, la nécessité d'un avis et la possibilité de répondre.

#### a. La partialité

La question de la partialité touche directement à la validité des actes du tribunal d'appel. La règle sous-jacente en matière de partialité est fondée sur la maxime maintes fois citée du lord juge en chef Hewart, tirée de l'arrêt *Rex v. Sussex Justices. Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la page 259:

[TRADUCTION] . . . il ne suffit pas que justice soit rendue, mais il doit apparaître clairement et manifestement qu'elle est rendue.

Le critère de la crainte raisonnable de partialité a été énoncé par le juge de Granpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394:

La Cour d'appel a défini avec justesse le critère applicable dans une affaire de ce genre. Selon le passage précité, la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. . . .»

L'application du critère de la crainte raisonnable de partialité dépendra de la nature du tribunal en cause. Dans l'arrêt *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, le juge Cory affirme ce qui suit aux pages 638 et 639:

De toute évidence, il existe une grande diversité de commissions administratives. Celles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de justice. C'est-à-dire que la conduite des membres de la commission ne doit susciter aucune crainte raisonnable de partialité relativement à leur décision. À l'autre extrémité se trouvent les commissions dont les membres sont élus par le public. C'est le cas notamment de celles qui s'occupent de questions d'urbanisme et d'aménagement, dont les membres sont des conseillers municipaux. Pour ces commissions, la norme est nettement moins sévère. La partie qui conteste l'habileté des membres ne peut en obtenir la récusation que si elle établit que l'affaire a été préjugée au point de rendre vain tout argument contraire. Les commissions administratives qui s'occupent de questions de principe sont dans une large mesure assimilables à celles composées de conseillers municipaux en ce sens que l'application stricte du critère de la crainte raisonnable de partialité risquerait de miner le rôle que leur a précisément confié le législateur.

In my view, the function of the Appeal Tribunal is adjudicative. Its duty is to decide appeals based on contraventions of the Cowessess Indian Reserve Elections Act or illegal, corrupt or criminal practices on the part of candidates. Even though Appeal Tribunal members may not be legally trained, it appears that they are to decide, based on facts and their application of the Act or other Band customs, traditions or perhaps other laws, whether or not to uphold an election or order a new election. Members are not popularly elected. Although the Act uses the term "elected", members are selected by the Band Council.

This leads me to conclude that in the absence of compelling reasons, a more rigorous rather than a less strict application of the reasonable apprehension of bias test would be desirable in the case of the Appeal Tribunal. I will comment further on the question of compelling reasons to the contrary subsequently. I should add, however, that on the facts of this case, a less strict application of the test leads me to the same conclusion I would have reached had I applied the test in a more rigorous fashion.

In the case at bar, Clifford Lerat, during the proceedings of the Appeal Tribunal, made disparaging remarks towards the applicant. At paragraph 23 of his affidavit dated May 19, 1992, the applicant states:

23. THAT even before I started on my presentation, Clifford Lerat said to me, "Kenny, you've always been after me since day one." I replied that I was only there to make my presentation.

Comments of a similar vein were apparently made to another Band member at his appearance before the Tribunal. At paragraph 4 of his affidavit dated May 19, 1992, Clifford Young deposes as follows:

4. THAT before I even started my presentation, Clifford Lerat stood up and said, "I want you to know that we're doing this because Kenny (meaning Ken Sparvier) is too mean to the people and that is why we've got this guy to get him out." Clifford Lerat pointed to the Electoral Officer, Richard Redman, as he made this comment. The other persons in the room heard what Clifford Lerat said but did not say anything.

À mon avis, le tribunal exerce des fonctions juridictionnelles. Il est chargé de trancher des appels fondés sur des infractions à la Cowessess Indian Reserve Elections Act ou sur des pratiques illégales, corrompues ou criminelles des candidats. Même si les membres du tribunal d'appel n'ont pas nécessairement de formation juridique, ils sont apparemment appelés à décider, en se fondant sur les faits et leur application de la Loi ou d'autres coutumes ou traditions de la bande ou peut-être d'autres lois, de maintenir ou non une élection ou d'ordonner une nouvelle élection. Les membres ne sont pas élus par le public. Bien que la Loi emploie l'expression «élu», les membres sont choisis par le conseil de la bande.

Ceci m'amène à conclure qu'en l'absence de motifs irrésistibles, il serait souhaitable, dans le cas du tribunal d'appel, d'appliquer de façon plus rigoureuse le critère de la crainte raisonnable de partialité. Je ferai d'autres commentaires plus loin sur la question des motifs contraires irrésistibles. Cependant, j'ajouterais qu'à la lumière des faits en l'espèce, une application moins stricte du critère m'amène à la même conclusion que celle à laquelle je serais arrivé si j'avais appliqué le critère de façon plus rigoureuse.

En l'espèce, pendant l'audience tenue devant le tribunal d'appel, Clifford Lerat a fait des remarques désobligeantes envers le requérant. Au paragraphe 23 de son affidavit en date du 19 mai 1992, le requérant affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] 23. Même avant que je ne commence mon intervention, Clifford Lerat m'a dit «Kenny, tu as toujours été contre moi depuis le début.» J'ai répondu que j'étais là seulement pour faire mon intervention.

Des commentaires du même acabit ont apparemment été faits à un autre membre de la bande à sa comparution devant le tribunal. Au paragraphe 4 de son affidavit en date du 19 mai 1992, Clifford Young fait la déclaration suivante:

[TRADUCTION] 4. Même avant que je ne commence mon intervention, Clifford Lerat s'est levé et a dit «Je veux que tu saches que nous faisons ceci parce que Kenny (c'est-à-dire Ken Sparvier) est trop méchant envers le peuple et c'est pourquoi nous avons ce type pour le destituer.» Clifford Lerat a pointé du doigt le directeur des élections, Richard Redman, pendant qu'il faisait ce commentaire. Les autres personnes dans la salle ont entendu Clifford Lerat, mais elles n'ont rien dit.

Mr. Redman's affidavit contains the following information:

19. THAT during the said hearing, Clifford Lerat made several derogatory statements with respect to the Chief elect, Ken Sparvier.

20. THAT I indicated that I could not disqualify Clifford Lerat as it was not my function to do so and that Clifford Lerat had a right to his own opinions and was entitled to participate in the election process by supporting any candidate that he chose to support.

21. THAT subsequent to Ken Sparvier's presentation, Ken Sparvier left the room and a discussion took place amongst the Tribunal where Clifford Lerat voluntarily agreed to step down from the Tribunal as he felt that he was not able to render an unbiased decision due to his feelings against Ken Sparvier.

22. THAT accordingly the Tribunal continued to function with its remaining members, Muriel Lavallee and Samuel Sparvier.

Mr. Lerat's actions created more than a reasonable apprehension of bias. The evidence is clear that with respect to the applicant, he was actually biased. If this were a situation only of an apprehension of bias of a member of a policy-oriented board, the incident might not be fatal. However, in a case such as this, where there is no doubt as to the actual bias of a member of an adjudicative board such as the Appeal Tribunal, even on a lenient application of the test, that bias cannot be ignored. A lenient application of the test after all, does not mean no application of the test at all.

Mr. Lerat apparently did not participate in the vote of the Appeal Tribunal. That he did not vote, however, does not resolve the matter. In *Regina v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Hall*, [1963] 2 O.R. 239 (H.C.), McRuer C.J.H.C. states at page 243:

It is likewise well settled that if one member of a Board is shown to be biased the decision of the Board may be quashed on *certiorari*: *The Queen v. Meyer et al.* (1875), 1 Q.B.D. 173, and *Frome United Breweries Co. v. Keepers of the Peace and Justices for County Borough of Bath*, [1926] A.C. 586 at p. 591. The general principles of law to be applied to the case before me can no better be stated than in the language of Viscount Cave in the *Frome* case. At p. 590 he said:

My Lords, if there is one principle which forms an integral part of the English law, it is that every member of a

L'affidavit de M. Redman renferme les renseignements suivants:

[TRADUCTION] 19. Pendant cette audience, Clifford Lerat a fait plusieurs affirmations désobligeantes sur le chef désigné, Ken Sparvier.

20. J'ai dit que je ne pouvais pas destituer Clifford Lerat puisqu'il ne m'appartenait pas de la faire et parce qu'il avait le droit à ses propres opinions et qu'il avait le droit de participer au processus électoral en appuyant le candidat de son choix.

21. Après l'intervention de Ken Sparvier, celui-ci a quitté la pièce et les membres du tribunal ont commencé à délibérer; Clifford Lerat a accepté de son propre gré de se récuser comme membre du tribunal car il estimait ne pas être en mesure de rendre une décision impartiale à cause de l'inimitié qu'il avait envers Ken Sparvier.

22. Par conséquent, le tribunal a continué à agir par la voie de ses autres membres, Muriel Lavallée et Samuel Sparvier.

Les actes de M. Lerat ont engendré plus qu'une crainte raisonnable de partialité. Il ressort clairement de la preuve qu'à l'égard du requérant, il avait effectivement un parti pris. S'il n'y avait eu qu'une simple crainte de partialité d'un membre d'une commission dont les actes étaient dictés par des questions de principe, l'incident n'aurait peut-être pas été fatal. Cependant, dans un cas comme celui-ci, lorsque le parti pris d'un membre d'une commission exerçant des fonctions juridictionnelles, comme le tribunal d'appel, ne fait aucun doute, même s'il y a application indulgente du critère, l'on ne saurait faire abstraction de ce parti pris. Après tout, une application indulgente du critère ne signifie pas que celui-ci ne doive pas être appliqué du tout.

Apparemment, M. Lerat n'a pas participé au vote du tribunal d'appel. Cependant, le fait qu'il n'ait pas voté ne résout pas la question. Dans l'arrêt *Regina v. Ont. Labour Relations Bd., Ex p. Hall*, [1963] 2 O.R. 239 (H.C.), le juge en chef McRuer, de la Haute Cour, affirme ce qui suit à la page 243:

[TRADUCTION] Selon une autre règle bien établie, s'il est prouvé qu'un membre d'une commission a un parti pris, la décision de la commission peut être annulée au moyen d'un bref de *certiorari*: voir les arrêts *The Queen v. Meyer et al.* (1875), 1 Q.B.D. 173, et *Frome United Breweries Co. v. Keepers of the Peace and Justices for County Borough of Bath*, [1926] A.C. 586, à la p. 591. Dans l'arrêt *Frome*, le vicomte Cave a exprimé mieux que quiconque les grands principes juridiques qu'il faut appliquer en l'espèce. À la p. 590, il a affirmé ce qui suit:

Vos seigneuries, s'il est un principe qui fasse partie intégrante du droit anglais, c'est que chaque membre d'un corps



body engaged in a judicial proceeding must be able to act judicially; and it has been held over and over again that, if a member of such a body is subject to a bias (whether financial or other) in favour of or against either party to the dispute *or is in such a position that a bias must be assumed*, he ought not to take part in the decision or even to sit upon the tribunal. This rule has been asserted, not only in the case of Courts of justice and other judicial tribunals, but in the case of authorities which, though in no sense to be called Courts, have to act as judges of the rights of others. (The italics are mine.)

At p. 591 Viscount Cave went on:

From the above rule it necessarily follows that a member of such a body as I have described cannot be both a party and a judge in the same dispute, and that if he has made himself a party he cannot sit or act as a judge, and if he does so the decision of the whole body will be vitiated.

This "poisoning of the well" rule is summarized by Esson J.A. in *Haight-Smith v. Kamloops School District No. 34* (1988), 51 D.L.R. (4th) 608 (B.C.C.A.), at page 614:

What does apply is the rule that, if a person disqualified by bias is present at a hearing and sits or retires with the tribunal, the decision may be set aside notwithstanding that that person took no part in the decision and did not actually influence it.

In Mullan, *Administrative Law* (2nd ed.), at page 3-131 the learned author states the usual implication succinctly:

A reasonable apprehension of bias in one member of a tribunal is sufficient to disqualify the whole tribunal, even though that member merely sat at the hearing without taking an active role in either it or subsequent deliberations. Mere presence is generally enough.

On the evidence before me, it is clear that Mr. Lerat sat with the Appeal Tribunal during the submissions made to it. While the evidence indicates that he stepped down from the Appeal Tribunal because of his admitted bias, it appears that up to this point, he took an active role in the proceedings. I am of the opinion that there can be no other conclusion but that a reasonably informed bystander would perceive bias on the part of the Appeal Tribunal as a result of Mr. Lerat's admitted position to oust the applicant and his participation in the Appeal Tribunal's proceedings. This fatally affected the proceedings and the decision of the Appeal Tribunal.

saisi d'une instance judiciaire doit être en mesure d'agir judiciairement; les tribunaux ont statué à maintes reprises que si un membre d'un tel corps était susceptible d'avoir un parti pris (d'ordre pécuniaire ou autre) en faveur d'une partie au litige, ou contre elle, ou *s'il se trouvait dans une situation qui fit nécessairement présumer d'un parti pris*, il ne devrait pas prendre part à la décision ni même siéger comme membre du tribunal. Cette règle a été affirmée, non seulement dans le cas des cours de justice et d'autres tribunaux judiciaires, mais aussi dans le cas d'autorités qui, quoiqu'elles ne puissent d'aucune façon être assimilées à des cours, doivent statuer sur les droits d'autrui. (C'est moi qui mets en italique.)

À la p. 591, le vicomte Cave a poursuivi en ces termes:

De la règle précédente, il s'ensuit nécessairement qu'un membre d'un corps comme celui que j'ai décrit ne peut être à la fois juge et partie dans le même litige et que s'il s'est lui-même porté partie, il ne peut siéger ou agir comme juge, et que s'il le fait, la décision de tout le corps sera viciée.

Cette règle du «puits empoisonné» est résumée par le juge Esson, J.C.A., dans l'arrêt *Haight-Smith v. Kamloops School District No. 34* (1988), 51 D.L.R. (4th) 608 (C.A.C.-B.), à la page 614:

[TRADUCTION] La règle applicable est la suivante: si une personne inhabile à cause d'un parti pris est présente à une audience et qu'elle siège ou délibère avec le tribunal, la décision peut être annulée même si la personne n'a aucunement participé à la décision et qu'elle ne l'a pas vraiment influencée.

Dans l'ouvrage *Administrative Law* (2<sup>e</sup> éd.), de Mullan, à la page 3-131, le savant auteur affirme succinctement la conséquence habituelle:

[TRADUCTION] Il suffit qu'un seul membre du tribunal suscite une crainte raisonnable de partialité pour rendre tout le tribunal inhabile, même si ce membre n'a fait que siéger à l'audience, sans y avoir joué de rôle actif et sans avoir participé aux délibérations subséquentes. Généralement, sa simple présence suffit.

D'après la preuve dont j'ai connaissance, il est clair que M. Lerat a siégé avec le tribunal d'appel à l'audience. Bien que la preuve indique qu'il se soit récusé comme membre du tribunal d'appel à cause du parti pris avoué de sa part, il a apparemment joué un rôle actif à l'audience jusqu'à ce moment-là. À mon avis, il faut nécessairement conclure qu'un observateur relativement bien renseigné percevrait de la partialité chez le tribunal d'appel à cause de l'opinion avouée de M. Lerat en faveur de la destitution du requérant et de sa participation à l'audience tenue devant le tribunal d'appel. Ceci a fatalement vicié l'instance et la décision du tribunal d'appel.

In view of this finding, it is unnecessary for me to decide the allegation by the applicant that the presence of Muriel Lavallée on the Appeal Tribunal also provided a basis for apprehension of bias. However, a few comments may nonetheless be in order. Muriel Lavallée rented farmland to the applicant before the Appeal Tribunal, Terry Lavallée, and there was thus a business relationship of landlord and tenant between them.

In *Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3, Rand J. stated at pages 6-7:

These authorities illustrate the nature and degree of business and personal relationships which raise such a doubt of impartiality as enables a party to an arbitration to challenge the tribunal set up. It is the probability or the reasoned suspicion of biased appraisal and judgment, unintended though it may be, that defeats the adjudication as its threshold. Each party, acting reasonably, is entitled to a sustained confidence in the independence of mind of those who are to sit in judgment on him and his affairs.

The Cowessess Indian Band is not large. The total number of electors who voted in the April 24, 1992 vote was 408. In respect of the size of the community in question, the Cowessess Band is, in my opinion, analogous with the voluntary religious associations to which Gonthier J. referred in *Hofer*, *supra*, where at page 197 he stated:

However, given the close relationship amongst members of voluntary associations, it seems rather likely that members of the relevant tribunal will have had some previous contact with the issue in question, and given the structure of a voluntary association, it is almost inevitable that the decision makers will have at least an indirect interest in the question.

I indicated earlier that in view of the adjudicative function of the Appeal Tribunal, in the absence of compelling reasons to the contrary, a more rigorous application of the reasonable apprehension of bias test would be desirable. However, it does not appear to me to be realistic to expect members of the Appeal Tribunal, if they are residents of the reservation, to be completely without social, family or business contacts with a candidate in an election. At paragraph 15 of his affidavit dated June 16, 1992, Lionel Sparvier states:

15. THAT pursuant to Cowessess Band custom, the members of the tribunal are selected from members of the Cowessess

Vu cette conclusion, il ne m'est pas nécessaire de statuer sur l'allégation du requérant selon laquelle la présence de Muriel Lavallée sur le tribunal d'appel pouvait également susciter une crainte de partialité. Cependant, il y a peut-être lieu de faire quelques commentaires. Muriel Lavallée a loué une terre agricole au requérant, Terry Lavallée, avant la constitution du tribunal d'appel, si bien qu'il existait entre eux des relations commerciales de locateur et de locataire.

Dans l'arrêt *Szilard v. Szasz*, [1955] R.C.S. 3, le juge Rand a affirmé ce qui suit aux pages 6 et 7:

[TRADUCTION] Ces arrêts illustrent en quoi des relations commerciales ou personnelles peuvent, par leur nature ou par leur étroitesse, mettre l'impartialité en doute à tel point qu'une partie à l'arbitrage peut contester la légitimité du tribunal établi. C'est la probabilité ou le soupçon raisonnable que l'évaluation et le jugement soient empreints de partialité, même involontaire, qui vicie le jugement dès le départ. Chaque partie, agissant raisonnablement, a le droit de pouvoir compter constamment sur l'indépendance d'esprit de ceux qui porteront jugement sur elle et sur ses affaires.

La bande indienne Cowessess n'est pas nombreuse. Au total, 408 électeurs ont voté le 24 avril 1992. Au plan de la taille de la collectivité en cause, la bande Cowessess est, à mon avis, analogue aux associations religieuses volontaires dont parlait le juge Gonthier dans l'arrêt *Hofer*, précité, dans lequel il a affirmé ce qui suit à la page 197:

Cependant, vu les liens étroits qui existent entre les membres d'associations volontaires, il semble assez probable que les membres du tribunal pertinent auront déjà eu connaissance jusqu'à un certain point de la question en litige et, compte tenu de la structure de l'association volontaire, il est presque inévitable que les décideurs auront à tout le moins un intérêt direct dans cette question.

Comme je l'ai mentionné précédemment, vu que le tribunal d'appel exerçait une fonction juridictionnelle, et en l'absence de motifs contraires irrésistibles, il serait souhaitable d'appliquer plus rigoureusement le critère de la crainte raisonnable de partialité. Cependant, il ne me semble pas réaliste de s'attendre à ce que les membres du tribunal d'appel qui résident dans la réserve n'aient eu aucun contact social, familial ou commercial avec un candidat à une élection. Au paragraphe 15 de son affidavit en date du 16 juin 1992, Lionel Sparvier affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] 15. Conformément à la coutume de la bande indienne Cowessess, les membres du tribunal sont choisis

Indian Band, and are invariably related to one or more candidates for council or Chief due to the large number of candidates who run for elected positions traditionally.

If a rigorous test for reasonable apprehension of bias were applied, the membership of decision-making bodies such as the Appeal Tribunal, in bands of small populations, would constantly be challenged on grounds of bias stemming from a connection that a member of the decision-making body had with one or another of the potential candidates. Such a rigorous application of principles relating to the apprehension of bias could potentially lead to situations where the election process would be frustrated under the weight of these assertions. Such procedural frustration could, as stated by counsel for the respondents, be a danger to the process of autonomous elections of band governments.

It may be that to avoid these difficulties, Appeal Tribunal members could be selected from outside the residents of the reservation, perhaps on a reciprocal basis with other bands. Such a process may create difficulties of its own or be unsustainable in the context of an autonomous Indian band. These are policy matters to which the issues in this case call attention.

However, the Court must work within the framework of the existing law. I have added these comments because of the difficulties I see with the application of a more desirable strict bias test in the case of an adjudicative board such the Appeal Tribunal, to the practicalities of inevitable social and business relationships in a small community such as the Cowessess Band.

As to the allegation that the Appeal Tribunal did not deal with the residency challenge to the election of one of the Band Councillors, I have not been provided with sufficient facts to indicate the basis upon which the Appeal Tribunal refused to deal with that issue. Without more information, I am unable to say that a reasonably informed bystander could perceive bias on the part of the Tribunal with respect to candidates for the election of Chief because of the Tribu-

parmi les membres de la bande, et ces membres ont invariablement des liens de parenté avec un ou plusieurs candidats aux postes de conseillers ou de chef, vu le grand nombre de candidats qui se présentent aux élections d'habitude.

<sup>a</sup> Si on devait appliquer rigoureusement le critère de la crainte raisonnable de partialité, la légitimité des membres d'organismes décisionnels comme le tribunal d'appel, dans les bandes peu nombreuses, serait constamment contestée pour des motifs de partialité découlant des liens de parenté qu'un membre de l'organisme décisionnel avait avec l'un ou l'autre des candidats éventuels. Une application aussi rigoureuse des principes relatifs à la crainte de partialité risque de mener à des situations où le processus électoral serait constamment menacé par de telles allégations. Comme l'a affirmé l'avocat des intimés, une telle paralysie de la procédure pourrait compromettre l'élection autonome des gouvernements de bandes.

Pour éviter ces difficultés, les membres d'un tribunal d'appel pourraient être choisis parmi des non-résidents de la réserve, peut-être réciproquement avec d'autres bandes. Cependant, un tel processus pourrait créer d'autres difficultés ou être impossible à maintenir dans le cas d'une bande indienne autonome. Il s'agit là de questions de principe mises en évidence par les questions soulevées en l'espèce.

Cependant, la Cour doit agir dans le cadre du droit existant. Si j'ai ajouté ces commentaires, c'est à cause des difficultés que pose, à mon sens, l'application d'un critère strict—et plus souhaitable—en matière de partialité dans le cas d'une commission exerçant des fonctions juridictionnelles, comme le tribunal d'appel, aux réalités concrètes des relations sociales et commerciales qui existent inévitablement dans une petite collectivité comme la bande Cowessess.

Pour ce qui est de l'allégation selon laquelle le tribunal d'appel n'a pas statué sur la contestation de l'élection de l'un des conseillers de la bande au motif qu'il n'était pas résident, on ne m'a pas présenté suffisamment de faits qui indiquent pourquoi le tribunal d'appel a refusé de se prononcer sur cette question. Faute de renseignements supplémentaires, je ne peux pas dire qu'un observateur relativement bien renseigné pourrait percevoir de la partialité chez le tribu-

nal's inaction with respect to an election for Band Councillor.

(b) Notice

Although it is not necessary to decide whether or not there was adequate notice in view of my decision respecting bias, a few comments may prove to be useful.

On May 4, 1992, the applicant, presumably along with other individuals, attended at the Old Day School on the Cowessess Reserve to witness a recount of the ballots in the April 24, 1992 election. At this point, the Appeal Tribunal consisted of Sam Sparvier, Muriel Lavallée and Maryanne Lavallée. Maryanne Lavallée then resigned due to a conflict of interest (she was the mother of Terry Lavallée, applicant before the Appeal Tribunal) and was replaced by Clifford Lerat. This newly constituted Tribunal met with Mr. Redman and concluded that there was sufficient evidence to warrant the holding of an appeal hearing. Immediately following this determination, Mr. Redman announced that the Appeal Tribunal would commence its hearing on the appeal at 9:00 am the next morning, May 5, 1992.

It is without question that the applicant had a direct interest in the proceedings of the Tribunal. His election as Chief was to be either confirmed or voided by the Tribunal. Counsel for the applicant submitted that notice in this case, approximately twelve hours, was inadequate.

The Cowessess Indian Reserve Elections Act is silent on the issue of notice, nor do the authorities set out, in terms of hours or days, guidelines as to what does or does not constitute adequate notice. What is adequate notice must be determined on the circumstances of each case. Clearly, a notice period of less than twelve hours is very short. Such a short notice period raises a number of concerns: (a) relevant persons may not be available; (b) there is practically no time to investigate the facts relating to the subject-matter of the appeal; (c) it is unreasonable to expect the participants to adequately organize and prepare their representations. No evidence was led to indicate

nal en ce qui a trait aux candidats au poste de chef à cause de l'inaction du tribunal relativement à l'élection d'un conseiller de bande.

<sup>a</sup> b) La nécessité d'un avis

Bien qu'il ne soit pas nécessaire de statuer sur la question de savoir si un avis suffisant a été donné, vu ma décision sur la partialité, quelques commentaires pourraient se révéler utiles.

Le 4 mai 1992, le requérant, probablement avec d'autres, s'est rendu à l'école Old Day, dans la réserve Cowessess, pour observer un nouveau dépouillement du scrutin du 24 avril 1992. À ce moment-là, le tribunal d'appel était composé de Sam Sparvier, Muriel Lavallée et Maryanne Lavallée. Maryanne Lavallée s'est ensuite récusée, à cause d'un conflit d'intérêts (elle était la mère de Terry Lavallée, le requérant devant le tribunal d'appel), et elle a été remplacée par Clifford Lerat. Ce tribunal nouvellement constitué a eu en entretien avec M. Redman et a conclu qu'il y avait suffisamment de preuves pour justifier la tenue d'une audience d'appel. Immédiatement après cette décision, M. Redman a annoncé que le tribunal d'appel entendra l'appel à 9 h le lendemain matin, le 5 mai 1992.

Il est indéniable que l'appel porté devant le tribunal intéressait directement le requérant. Le tribunal devait, soit confirmer, soit annuler son élection au poste de chef. Selon l'avocate du requérant, l'avis en l'espèce, donné environ douze heures d'avance, était insuffisant.

La Cowessess Indian Reserve Elections Act est silencieuse sur la question de l'avis, et la jurisprudence ne précise pas, en fonction d'un nombre d'heures ou de jours, ce que constitue ou non un avis suffisant. Dans chaque cas, le caractère suffisant de l'avis doit être apprécié à la lumière des faits. Manifestement, un délai d'avis de moins de douze heures est très court. Un délai d'avis si court soulève un certain nombre d'inquiétudes: a) les intéressés risquent de ne pas être disponibles; b) il n'y a pratiquement pas de temps pour enquêter sur les faits qui se rapportent à l'objet de l'appel; c) il est déraisonnable de s'attendre à ce que les participants organisent et pré-

any compelling reason for the Tribunal commencing its proceedings upon such short notice.

It is true that the applicant had actual notice and attended the Appeal Tribunal proceedings. However, his attendance does not detract from the disadvantageous conditions of having to proceed without an adequate opportunity to investigate the matter and prepare representations. I think it is reasonable for me to infer that the applicant's participation did not represent genuine consent to the proceedings of the Appeal Tribunal and that he did not waive his right to adequate notice.

(c) Opportunity to make representations before the Tribunal

In view of my findings with respect to bias, it is not necessary for me to deal with the question of whether there was a reasonable opportunity for participants to make representations to the Appeal Tribunal or whether the Appeal Tribunal had evidence before it upon which it was able to make a decision with respect to the issue before it. I would observe, however, that the applicant's position as Chief Elect was, to all intents and purposes, what was at stake in the Appeal Tribunal's proceedings. For the applicant not to be present during the submissions of others, raises the question as to whether he was able to know the case he had to meet. I have grave doubt about the adequacy of a procedure which entitles those who wish to make presentations to do so but not to be able to listen to the presentations of others or answer adverse evidence or arguments.

In *Kane v. Board of Governors (University of British Columbia)*, [1980] 1 S.C.R. 1105, Dickson J., as he then was, for the majority, stated at pages 1113-1114:

4. The tribunal must listen fairly to both sides, giving the parties to the controversy a fair opportunity "for correcting or contradicting any relevant statement prejudicial to their views". *Board of Education v. Rice*, at p. 182; *Local Government Board v. Arlidge*, *supra*, at pp. 133 and 141.

5. It is a cardinal principle of our law that, unless expressly or by necessary implication, empowered to act *ex parte*, an

parent leurs observations de façon adéquate. Aucune preuve au dossier n'indique que le tribunal était contraint d'entendre l'appel après un si bref délai d'avis.

Il est vrai que le requérant avait effectivement été avisé et qu'il était présent à l'audience devant le tribunal d'appel. Cependant, sa présence n'empêche pas qu'il était dans une situation désavantageuse du fait qu'il a dû agir sans avoir eu l'occasion adéquate d'enquêter sur la question et de préparer ses observations. Je crois qu'il est raisonnable de conclure que la participation du requérant ne représentait pas un véritable consentement à la tenue de l'audience devant le tribunal d'appel et qu'il n'a pas renoncé à son droit à un avis suffisant.

c) L'occasion d'être entendu par le tribunal

Vu mes conclusions sur la partialité, il ne m'est pas nécessaire de me prononcer sur la question de savoir si les participants ont eu une occasion raisonnable d'être entendus par le tribunal d'appel ou si le tribunal d'appel avait connaissance d'une preuve qui lui permettait de statuer sur la question dont il était saisi. Cependant, je ferais remarquer qu'en fait, ce qui était en jeu dans l'instance devant le tribunal d'appel, c'était le poste du requérant comme chef désigné. Le fait que le requérant n'ait pas été présent pendant que d'autres présentaient des observations nous amène à nous demander s'il était en mesure de connaître les arguments auxquels il devait répondre. J'ai de graves doutes sur la légalité d'une procédure qui permet à ceux qui veulent se faire entendre de le faire, mais qui les empêche d'écouter ce que d'autres ont à dire ou de réfuter une preuve ou des arguments contraires.

Dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration (Université de la Colombie-Britannique)*, [1980] 1 R.C.S. 1105, le juge Dickson, tel était alors son titre, a affirmé ce qui suit, pour la majorité, aux pages 1113 et 1114:

4. Le tribunal doit entendre équitablement les deux parties au litige afin de leur donner la possibilité [TRADUCTION] «de rectifier ou de contredire toute déclaration pertinente préjudiciable à leurs points de vue». *Board of Education v. Rice*, à la p. 182; *Local Government Board v. Arlidge*, précité, aux pp. 133 et 141.

5. C'est un principe fondamental de notre droit qu'à moins d'être autorisée à agir *ex parte* de façon expresse ou nettement

appellante authority must not hold private interviews with witnesses (de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, (3rd. ed.) 179) or, *a fortiori*, hear evidence in the absence of a party whose conduct is impugned and under scrutiny. Such party must, in the words of Lord Denning in *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, at p. 337, "... know the case which is made against him. He must know what evidence has been given and what statements have been made affecting him: and then he must be given a fair opportunity to correct or contradict them. ... Whoever is to adjudicate must not hear evidence or receive representations from one side behind the back of the other."

It does not appear to me that these basic rules of procedural fairness were followed by the Appeal Tribunal in this case.

With respect to the matter of whether the Appeal Tribunal had evidence before it upon which it could determine the question of residency of candidates, I do not have sufficient information before me to make a determination on this question. The Appeal Tribunal did not transcribe its proceedings. It would be desirable, where a decision of a tribunal has been challenged on the basis that it was made without evidence, for those seeking to uphold the decision to give an indication of what evidence, if any, there was before the tribunal.

#### 4. Error in Establishing Election Procedure

A final argument of counsel for the applicant was that even if the applicant was unsuccessful on all other points, the Appeal Tribunal erred in establishing its own procedure for the election it ordered. Counsel for the applicant argued that under subsection 6(7) of the Act the jurisdiction of the Appeal Tribunal was only to order a new election and to leave the procedure to those provisions set forth in the Act.

In view of my findings with respect to bias, it is not necessary for me to decide this issue. I would add, however, that to avoid this type of controversy arising, any order made by an appeal tribunal with respect to a new election should conform to the provisions of the Act and other relevant customs and traditions.

#### SUMMARY OF CONCLUSIONS

1. The Appeal Tribunal was validly constituted.

implicite, une juridiction d'appel ne doit pas avoir d'entretiens privés avec les témoins (de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3e éd.) 179) ou, *a fortiori*, entendre des témoignages en l'absence de la partie dont la conduite contestée fait l'objet de l'examen. Cette partie doit, selon lord Denning dans *Kanda v. Government of the Federation of Malaya*, à la p. 337 [TRADUCTION] «... connaître la preuve réunie contre [elle]. [Cette dernière] doit être informé[e] des témoignages et des déclarations qui l'intéressent et avoir la possibilité de les rectifier ou de les contredire ... quiconque appelé à rendre une décision ne doit pas recueillir des témoignages ou entendre des arguments d'une partie dans le dos de l'autre.»

À mon sens, le tribunal d'appel n'a pas suivi ces règles fondamentales d'équité procédurale en l'espèce.

En ce qui a trait à la question de savoir si le tribunal d'appel avait connaissance d'une preuve qui lui permettait de statuer sur la question de la résidence des candidats, je n'ai pas suffisamment de renseignements pour trancher cette question. Le tribunal d'appel n'a pas fait dresser de procès-verbal de l'audience tenue devant lui. Lorsque la décision d'un tribunal est contestée au motif qu'elle a été rendue sans preuve, il serait souhaitable que ceux qui souhaitent maintenir la décision indiquent la preuve dont le tribunal avait connaissance, s'il en est.

#### 4. Erreur dans l'établissement du mécanisme électoral

Enfin, l'avocate du requérant a plaidé que, même si son client devait échouer sur tous les autres points, le tribunal d'appel a commis une erreur en établissant lui-même la procédure de l'élection qu'il a ordonnée. L'avocate du requérant a soutenu qu'en vertu du paragraphe 6(7) de la Loi, la compétence du tribunal d'appel se limitait au pouvoir d'ordonner une nouvelle élection et de s'en tenir, au plan procédural, aux dispositions de la Loi.

Vu mes conclusions sur la partialité, il ne m'est pas nécessaire de statuer sur cette question. Cependant, j'ajouterais que pour éviter ce genre de controverse, toute ordonnance rendue par un tribunal d'appel relativement à une nouvelle élection devrait être conforme aux dispositions de la Loi et aux autres coutumes et traditions pertinentes.

#### j RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS

1. Le tribunal d'appel a été validement constitué.

2. The residency of candidates for the purpose of eligibility is a matter within the Appeal Tribunal's jurisdiction to decide.

3. The Appeal Tribunal's members' ability to consider the issue of residency in an impartial manner was adversely affected by the presence and participation of Clifford Lerat in the proceedings of the Appeal Tribunal. His involvement gave rise to a reasonable apprehension of bias in the entire Appeal Tribunal. This amounts to a denial of procedural fairness to the applicant in the proceedings of the Appeal Tribunal.

### DISPOSITION

Subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act* provides:

18.1. . .

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

Upon a finding of reasonable apprehension of bias amounting to a denial of procedural fairness in the proceedings of a tribunal, a court would normally quash the decision of the tribunal. Depending upon the circumstances, the court could refer the matter back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate.

The effect of the Court quashing the decision of the Appeal Tribunal in this case, without anything further, would be to reinstate the results of the April 24, 1992 election. I do not find such a result to be satisfactory for a number of reasons. In essence, the Court, for procedurally technical reasons, instead of the Band members, would be determining who should be Chief of the Cowessess Indian Band No. 73. It would leave unresolved an appeal validly filed with the Appeal Tribunal. The question of residency of candidates and the validity of the April 24, 1992

2. Le tribunal d'appel a compétence pour statuer sur la résidence des candidats aux fins de leur habilité.

3. La capacité des membres du tribunal d'appel d'examiner la question de la résidence de façon impartiale a été minée par la présence et la participation de Clifford Lerat à l'instance devant le tribunal d'appel. Sa participation a donné lieu à une crainte raisonnable de partialité du tribunal d'appel dans son ensemble. Le requérant n'a par conséquent pas joui de l'équité procédurale à l'instance devant le tribunal d'appel.

### DISPOSITIF

Le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose:

18.1. . .

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Normalement, si la Cour conclut qu'il y a crainte raisonnable de partialité équivalant à un déni d'équité procédurale par un tribunal, elle annule la décision de celui-ci. Selon les circonstances, la Cour peut renvoyer l'affaire pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées.

Si la Cour annulait la décision du tribunal d'appel en l'espèce, sans plus, les résultats de l'élection du 24 avril 1992 seraient rétablis. À mon sens, un tel résultat serait insatisfaisant pour plusieurs raisons. Au fond, pour des motifs de procédure, ce serait la Cour, plutôt que les membres de la bande, qui désignerait le chef de la bande indienne Cowessess n° 73. Par ailleurs, un appel validement déposé auprès du tribunal d'appel demeurerait non résolu. La question de la résidence des candidats et de la validité de l'élection du 24 avril 1992 ne serait pas réglée. Le requérant

election would be left undetermined. The applicant would be required to assume and carry on the duties of Chief under a cloud.

These unsatisfactory results might be avoided if, in addition to quashing the decision of the Appeal Tribunal, the Court referred the matter back to a differently constituted Appeal Tribunal for redetermination of the residency issue, following appropriate procedures in so far as bias, notice and the right to make representations are concerned. If the Appeal Tribunal concluded that all candidates in the April 24, 1992 election were properly resident of the reserve for a period of over one year before nomination, it would then uphold that election and the applicant, being the successful candidate, could be declared Chief. If the Appeal Tribunal found one or more of the candidates ineligible by reason of non-residency and concluded that it was necessary to order a new election for Chief, it could do so.

However, it is not clear to me that I have the jurisdiction to give directions requiring the establishment of a new appeal tribunal. A new appeal tribunal would have to be elected by the Band Council. The question arises as to whether or not I could order the Band Council to elect a new appeal tribunal. Band custom or tradition may also have a bearing. There may also be procedural difficulties which may have to be addressed.

If the Court's jurisdiction does not extend to directing the establishment of a new appeal tribunal, the question of the application of the doctrine of necessity, arises. The doctrine of necessity arises in cases in which, when no one else is empowered to act, otherwise disqualified tribunal members (other than Clifford Lerat, whose bias was real and proven) may be qualified to hear and determine an appeal. The principle is stated in *Administrative Law* by Sir William Wade, 6th ed., 1988 at pages 478-479:

In all the cases so far mentioned the disqualified adjudicator could be dispensed with or replaced by someone to whom the objection did not apply. But there are many cases where no substitution is possible, since no one else is empowered to act. Natural justice then has to give way to necessity; for otherwise

devrait alors assumer ses fonctions de chef et les remplir dans une atmosphère d'équivoque.

<sup>a</sup> Ces résultats insatisfaisants pourraient être évités si, en plus d'annuler la décision du tribunal d'appel, la Cour renvoyait l'affaire devant un tribunal d'appel différemment constitué pour qu'il statue de nouveau sur la question de la résidence, en suivant les procédures appropriées en ce qui a trait à la partialité, à la nécessité d'un avis et au droit d'être entendu. Si le tribunal d'appel concluait que tous les candidats à l'élection du 24 avril 1992 étaient véritablement des résidents de la réserve depuis un an au moins avant la présentation de leur candidature, il maintiendrait cette élection et le requérant, qui serait alors le candidat élu, pourrait devenir chef. Si le tribunal d'appel jugeait que l'un ou plusieurs des candidats étaient inhabiles du fait qu'ils n'étaient pas des résidents et jugeait nécessaire d'ordonner une nouvelle élection au poste de chef, il pourrait le faire.

<sup>e</sup> Cependant, je ne suis pas certain d'avoir la compétence pour ordonner la constitution d'un nouveau tribunal d'appel. Il faudrait qu'un nouveau tribunal d'appel soit élu par le conseil de la bande. Or, il n'est pas certain que j'aie le pouvoir d'ordonner au conseil de la bande d'élire un nouveau tribunal d'appel. Les coutumes ou les traditions de la bande pourraient également jouer. Il y a peut-être aussi certaines difficultés procédurales à résoudre.

<sup>g</sup> Si la Cour n'a pas la compétence voulue pour ordonner la constitution d'un nouveau tribunal d'appel, il faut se demander s'il y lieu d'appliquer la théorie de la nécessité. La théorie de la nécessité peut s'appliquer dans des cas où, lorsque personne d'autre n'a le pouvoir d'agir, les membres du tribunal qui sont inhabiles par ailleurs (à part Clifford Lerat, dont le parti pris était réel et prouvé) peuvent être habiles à entendre et à juger un appel. Le principe est énoncé par Sir William Wade dans l'ouvrage *Administrative Law*, 6<sup>e</sup> éd., 1988, aux pages 478 et 479:

[TRADUCTION] Dans tous les arrêts mentionnés jusqu'ici, on pouvait se passer de l'arbitre inhabile ou le remplacer par quelqu'un auquel l'objection ne s'appliquait pas. Cependant, il arrive souvent qu'aucune substitution ne soit possible, puisque personne d'autre n'a le pouvoir d'agir. Dans ces cas, la justice



there is no means of deciding and the machinery of justice or administration will break down.

The doctrine of necessity was not argued when this matter was originally heard by me. Whether or not it is applicable in this case may be a matter for consideration.

For the foregoing reasons, I am of the opinion that counsel should have the opportunity to more fully address the question of remedy in this case, including if possible, agreement as to how the matter may be resolved, before an order is issued by the Court. The Registrar of the Court will therefore communicate with counsel shortly after these reasons are issued to arrange for a conference call with me so that I may ascertain how counsel wish to proceed—that is whether by way of oral hearing, by written argument, or in some other manner, with respect to the issue of remedy.

So there will be no doubt and to avoid confusion or inconvenience to the Band, I expressly state that at this time, the administration of the Band is not affected by the issuance of these reasons. An order shall not be issued until counsel have the opportunity to make further submissions on the issue of remedy.

naturelle doit céder le pas à la nécessité; autrement, il n'y a plus aucun moyen de décider et le processus judiciaire ou administratif cesse de fonctionner.

La théorie de la nécessité n'a pas été plaidée lorsque j'ai entendu la présente demande à l'origine. Il y a peut-être lieu de se demander si cette théorie s'applique en l'espèce.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que les avocats devraient avoir l'occasion d'approfondir la question de la réparation en l'espèce, et de s'entendre, si possible, sur la manière de résoudre l'affaire, avant qu'une ordonnance ne soit rendue par la Cour. Le greffier de la Cour communiquera donc avec les avocats peu de temps après la publication des présents motifs pour organiser une conférence téléphonique avec moi pour que je puisse savoir comment les avocats souhaitent procéder—c'est-à-dire par voie d'audition, de mémoire ou de quelque autre façon, sur la question de la réparation.

Pour éviter toute incertitude ou confusion et pour que la bande ne subisse aucun inconvénient, je déclare expressément que la publication des présents motifs n'a, pour le moment, aucune incidence sur l'administration de la bande. Une ordonnance ne sera pas rendue tant que les avocats n'auront pas eu l'occasion de présenter d'autres observations sur la question de la réparation.