

A-792-86

A-792-86

**The Queen in Right of Canada, Minister of Indian Affairs and Northern Development and Fred Walchli (Interim Federal Negotiator, Nishga Land Claim) (Appellants) (Defendants)**

**La Reine du chef du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et Fred Walchli (négociateur fédéral intérimaire, revendications foncières des Nishgas) (appelants) (défendeurs)**

v.

c.

**Pacific Fishermen's Defence Alliance, Prince Rupert Fishermen's Co-operative Association, Co-op Fishermen's Guild, Pacific Trollers Association, Pacific Gillnetters Association, Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, Northern Trollers Association, Gulf Trollers Association, Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia and Deep Sea Trawlers Association of B.C. and B.C. Wildlife Federation (Respondents) (Plaintiffs)**

**Pacific Fishermen's Defence Alliance, Prince Rupert Fishermen's Co-operative Association, Co-op Fishermen's Guild, Pacific Trollers Association, Pacific Gillnetters Association, Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, Northern Trollers Association, Gulf Trollers Association, Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia et Deep Sea Trawlers Association of B.C. et B.C. Wildlife Federation (intimées) (demanderesses)**

and

d  
et

**Nisga'a Tribal Council (Respondent) (Intervenor)**

**Conseil Tribal des Nishgas (intimé) (intervenant)**

*INDEXED AS: PACIFIC FISHERMEN'S DEFENCE ALLIANCE v. CANADA*

*RÉPERTORIÉ: PACIFIC FISHERMEN'S DEFENCE ALLIANCE c. CANADA*

Court of Appeal, Pratte, Stone and MacGuigan JJ.—Vancouver, November 30 and December 1; Ottawa, December 18, 1987.

Cour d'appel, juges Pratte, Stone et MacGuigan—Vancouver, 30 novembre et 1<sup>er</sup> décembre; Ottawa, 18 décembre 1987.

*Native peoples — Lands — Federal representative and Indians secretly negotiating land claims — Indians claiming fishery rights off British Columbia coast — Fishermen fearing interests affected if Indians' claims accepted — Fishermen seeking declaration allocation of fishing rights ultra vires Federal Government — Allegation of denial of fairness to be determined in context of Government decision affecting rights — Parliament having constitutional power to settle native land claims — Possibility of federal-provincial approach to settlement — If Government having duty to consult with fishermen, Court can not enforce until negotiations completed — Fishermen's action dismissed on appeal form denial of motion to strike.*

*Peuples autochtones — Terres — Des revendications foncières présentées par des Indiens font l'objet de négociations secrètes entre ceux-ci et un représentant du Gouvernement fédéral — Les Indiens réclament des droits relativement à des pêcheries de la côte de la Colombie-Britannique — Des pêcheurs craignent que leurs intérêts ne soient touchés si les demandes des Indiens sont accueillies — Ces pêcheurs sollicitent un jugement déclaratoire statuant que l'allocation des droits de pêche réclamés excède la compétence du Gouvernement fédéral — L'allégation suivant laquelle l'équité n'a pas été respectée doit être appréciée en fonction du contexte de la décision gouvernementale touchant les droits en cause — La Constitution confère au Parlement le pouvoir de régler les revendications foncières des autochtones — Il est possible qu'une approche fédérale-provinciale conjointe soit adoptée à l'égard du règlement des revendications — Dans l'hypothèse où le Gouvernement aurait le devoir de consulter les pêcheurs, la Cour ne pourrait ordonner l'exécution de cette obligation avant la fin des négociations — L'action des pêcheurs est rejetée dans le cadre de l'appel formé à l'encontre du jugement qui avait refusé d'accueillir la requête en radiation.*

*Fisheries — Claim to fishery rights off British Columbia coast advanced by Indians in secret land claim settlement negotiations with Federal representative — Commercial and sports fishermen fearing interests affected if Indians' claims accepted — Plaintiffs seeking declaration allocation of fishing rights ultra vires Federal Government — No presumption*

*Pêcheries — Des réclamations relatives à des pêcheries de la côte de la Colombie-Britannique sont mises de l'avant par des Indiens dans le cadre de négociations secrètes tenues avec un représentant du Gouvernement fédéral pour régler leurs revendications foncières — Les pêcheurs commerciaux et sportifs craignent que leurs intérêts ne soient touchés si les réclama-*

*constitutional powers exceeded prior to action — Statement of claim struck out.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Fishermen seeking declaration on basis of Charter s. 7 — Allegation that denied fairness in Indian land claims settlement negotiations — Motion to strike as reasonable cause of action not disclosed — Negotiations secret and fishermen denied hearing — Allegations of rights violations as incapable of proof at this time as those in Operation Dismantle cases — Court may not conclude Government's negotiating position will be enacted into law by Parliament — Whether any duty of fairness breached to be determined in context of decision affecting rights — Imagined threat insufficient.*

*Constitutional law — Distribution of powers — Fishermen seeking declaration in relation to Indian land claims settlement negotiations — Whether federal jurisdiction over fisheries extending to granting portion of tidal and non-tidal fishery in British Columbia to exclusive use of Indian tribe — Parliament having jurisdiction to settle claims of aboriginal peoples — Parliament not presumed to have exceeded constitutional powers before acting — Possibility of federal-provincial approach to settlement — Statement of claim struck out.*

*Practice — Pleadings — Motion to strike — Third parties seeking to intervene in aboriginal rights negotiations between Government and Nisga'a Indians, fearing interests and livelihood could be adversely affected — Statement of claim allegations, when based on assumptions and speculation, not required to be taken as true — Unconstitutionality of Legislative or Executive acts cannot be presumed before acts reality — Doctrine of legitimate expectation invoked prematurely.*

The Crown in right of Canada and the Nisga'a Indians of British Columbia were in the process of negotiating native land claims. The respondent associations learned of the possibility that a portion of the tidal and non-tidal fisheries of British Columbia might be allocated to the Nisga'a.

Fearing for the interests and livelihood of their members, the respondents attacked the negotiations. Invoking common law principles and section 7 of the Charter, they alleged that they had been denied fairness because they had not been provided with any information about the negotiations nor with a hearing. They also argued that the appellants lacked jurisdiction to allocate a portion of the British Columbia fisheries to the

*tions des Indiens étaient accueillies — Les demandeurs recherchent un jugement déclaratoire statuant que l'allocation des droits de pêche excède les pouvoirs du Gouvernement fédéral — Il ne peut être présumé que des pouvoirs conférés par la Constitution ont été excédés avant qu'une action ne soit posée*

a — *La déclaration est radiée.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Des pêcheurs sollicitent un jugement déclaratoire sur le fondement de l'art. 7 de la Charte — Ils allèguent ne pas avoir été traités avec équité relativement à des négociations visant le règlement de revendications foncières indiennes — La requête en radiation en l'espèce allègue qu'aucune cause raisonnable d'action n'est révélée — Les négociations sont tenues secrètement et les pêcheurs se sont vu refuser une audition — Les allégations de violations de droits sont aussi peu susceptibles de preuve que celles de l'affaire Operation Dismantle — La Cour n'est pas en mesure de conclure que le Parlement donnera force de loi à une position adoptée par le Gouvernement dans le cadre d'une négociation — La question de savoir si une obligation d'équité n'a pas été respectée doit être tranchée en fonction du contexte de la décision touchant les droits en jeu — Une menace imaginaire ne suffit pas à cet égard.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Des pêcheurs sollicitent un jugement déclaratoire relativement à des négociations visant à régler des revendications foncières indiennes — La compétence fédérale sur les pêcheries est-elle suffisamment étendue pour permettre au Parlement d'accorder l'usage exclusif d'une partie des eaux avec marées et des eaux sans marées de la Colombie-Britannique à une tribu indienne? — Le Parlement possède la compétence voulue pour régler les revendications des peuples autochtones — Le Parlement ne peut être présumé excéder les pouvoirs que lui confère la Constitution avant d'avoir agi — Il est possible qu'une approche fédérale-provinciale conjointe soit adoptée à l'égard d'un tel règlement — La déclaration est radiée.*

*Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Des tiers cherchent à intervenir dans des négociations relatives à des droits autochtones se déroulant entre le Gouvernement et les Indiens Nishgas parce qu'ils craignent que ces négociations ne touchent leurs intérêts et leurs moyens d'existence — Les allégations de la déclaration fondées sur des présomptions et des conjectures ne doivent pas obligatoirement être considérées comme vraies — L'on ne peut présumer de l'inconstitutionnalité d'actes du pouvoir législatif ou exécutif avant que celui-ci n'ait agi — La doctrine de l'attente légitime a été invoquée prématurément.*

La Couronne du chef du Canada et les Indiens Nishgas de la Colombie-Britannique poursuivaient des négociations relatives à des revendications foncières autochtones; les associations intimées ont appris qu'il était possible qu'une partie des pêcheries avec marées et sans marées de la Colombie-Britannique soit allouée aux Nishgas.

Craignant que les intérêts et les moyens d'existence de leurs membres ne soient menacés, les intimées ont contesté ces négociations. Elles ont invoqué des principes de *common law* ainsi que l'article 7 de la Charte pour alléguer qu'elles n'avaient pas été traitées de façon équitable puisqu'aucun renseignement ne leur avait été fourni concernant les négociations et qu'elles n'avaient point bénéficié d'une audition. Elles ont également

Nisga'a because the proprietary rights thereto are vested in the Crown provincial. Finally, the respondents, based on a Minister's directive to the negotiator, invoked the recently developed English doctrine of "legitimate expectation" in asserting a duty on the part of the Government to provide the consultation promised to the respondents.

A motion was brought to strike out the statement of claim on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. This is an appeal from the order dismissing that motion.

*Held*, the appeal should be allowed.

The allegations of violations of rights herein, whether based on common law or the Charter, are as incapable of proof, at this time, as were those in the *Operation Dismantle* case. A court could not conclude that the Government would translate a negotiating position first into a legal agreement, then into legislation, and that Parliament would enact it. Any duty of fairness owed by the Government to the fishermen must be determined in the context of a real decision by the Government affecting their rights. An imagined threat to rights is not enough.

Under its power over "Indians and Lands reserved for Indians", Parliament has *prima facie* jurisdiction to settle the claims of aboriginal peoples. Neither Parliament nor a Minister of the Crown nor a federal negotiator can be presumed to be acting beyond constitutional powers before they have even acted. Nor should the Court exclude the possibility of a joint federal-provincial approach to the settlement.

If the doctrine of "legitimate expectation" would found a duty on the part of the Government to provide the promised consultation, that duty could be measured only at the completion of the period indicated—in this case, at the conclusion of negotiations. The action is therefore premature.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), s. 7.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), s. 91(12), (24).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 419(1)(a).

soutenu que les appelants n'avaient pas la compétence voulue pour accorder une partie des pêcheries de la Colombie-Britannique aux Nishgas puisque le droit de propriété relatif à celles-ci est dévolu à la Couronne provinciale. Finalement, les intimées, se fondant sur la directive donnée par le ministre au négociateur, ont invoqué la doctrine anglaise récente de l'«attente légitime» pour affirmer que le Gouvernement avait l'obligation de tenir la consultation promise aux intimées.

Une requête a été présentée pour obtenir radiation de la déclaration au motif que celle-ci ne révélait aucune cause raisonnable d'action. Appel est interjeté de l'ordonnance qui a rejeté cette requête.

*Arrêt*: l'appel devrait être accueilli.

Les allégations de violations de droits fondées sur la *common law* ou sur la Charte qui se trouvent présentées en l'espèce sont toutes, à ce point-ci, aussi peu susceptibles de preuve que celles de l'affaire *Operation Dismantle*. Une cour ne serait pas en mesure de conclure que le Gouvernement transformerait une position particulière adoptée lors d'une négociation pour en faire tout d'abord une entente juridique et ensuite un projet de loi; elle ne pourrait non plus conclure que le Parlement adopterait une telle loi. Toute obligation d'équité du Gouvernement envers les pêcheurs doit être appréciée en fonction du contexte d'une décision réelle du Gouvernement touchant leurs droits. La seule menace imaginaire d'une violation de ces droits ne suffit pas à cet égard.

Le Parlement, en vertu du pouvoir qu'il détient sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens», possède à première vue la compétence voulue pour régler les revendications des peuples autochtones. Ni le Parlement ni un ministre de la Couronne ni un négociateur fédéral ne peuvent être présumés excéder les pouvoirs que leur confère la Constitution avant même d'avoir agi. La Cour ne devrait pas non plus exclure la possibilité qu'une approche fédérale-provinciale conjointe soit adoptée à l'égard d'un tel règlement.

En supposant que la doctrine de l'«attente légitime» fonde une obligation du Gouvernement de tenir la consultation promise, la mesure d'un tel devoir ne pourrait avoir lieu qu'une fois écoulée la période indiquée—en l'espèce, à la conclusion des négociations. L'action est donc prématurée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 7.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), art. 91(12), (24).
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1)(a).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 59 N.R. 1; *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. National Farm Products Marketing Council*, [1986] 2 F.C. 247; (1986), 65 N.R. 392; 26 D.L.R. (4th) 677 (C.A.); *Re Abel et al. and Advisory Review Board* (1980), 31 O.R. (2d) 520 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.); *R v Secretary of State for the Home Dept, ex p Ruddock*, [1987] 2 All ER 518 (Q.B.D.).

## REFERRED TO:

*Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. v. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et al.* (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (F.C.T.D.).

## COUNSEL:

*Gunnar O. Eggertson, Q.C.* for appellants (défendants).

*Christopher Harvey* for respondents (plain-tiffs).

*James R. Aldridge* for respondent (intervenor).

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants (défendants).

*Russell & DuMoulin*, Vancouver, for respondents (plaintiffs).

*Rosenbloom & Aldridge*, Vancouver, for respondent (intervenor).

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

MACGUIGAN J.: This appeal from an order of Collier J. dated December 18, 1986, touches only the tip of an iceberg and must therefore be narrowly drawn.

The appellant Minister of Indian Affairs and Northern Development ("the Minister") has from time to time appointed a federal negotiator for the purpose of negotiating a settlement of the land claim submitted by the Nisga'a Indians of British Columbia represented by the intervenor. The appellant Walchli is the current negotiator. In the negotiations the Nisga'a are claiming the ownership, control and management of the whole or part of the sea fishery resource within the waters of Portland Inlet, Observatory Inlet, Nass Bay and other adjacent waters off the coast of British Columbia, and also ownership, control and man-

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 59 N.R. 1; *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Conseil national de commercialisation des produits de ferme*, [1986] 2 C.F. 247; (1986), 65 N.R. 392; 26 D.L.R. (4th) 677 (C.A.); *Re Abel et al. and Advisory Review Board* (1980), 31 O.R. (2d) 520 (C.A.); *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.); *R v Secretary of State for the Home Dept, ex p Ruddock*, [1987] 2 All ER 518 (Q.B.D.).

## DÉCISION CITÉE:

*Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. c. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et al.* (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AVOCATS:

*Gunnar O. Eggertson, c.r.*, pour les appelants (défendeurs).

*Christopher Harvey* pour les intimées (demanderesses).

*James R. Aldridge* pour l'intimé (intervenant).

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants (défendeurs).

*Russell & DuMoulin*, Vancouver, pour les intimées (demanderesses).

*Rosenbloom & Aldridge*, Vancouver, pour l'intimé (intervenant).

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

LE JUGE MACGUIGAN: Le présent appel interjeté d'une ordonnance du juge Collier en date du 18 décembre 1986 touche la pointe d'un iceberg et doit faire l'objet d'un exposé mesuré.

Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien («le ministre») appelant a, de temps à autre, nommé un négociateur fédéral en lui donnant le mandat de négocier le règlement d'une revendication foncière présentée par les Indiens Nishgas de Colombie-Britannique pour le compte desquels agit l'intervenant. L'appelant Walchli est le négociateur en titre. Dans le cadre de ces négociations, les Indiens Nishgas revendiquent la propriété, la gestion et le contrôle de la totalité ou d'une partie des ressources halieutiques marines des eaux de la passe Portland, de l'inlet Observatory, de la baie de Nass ainsi que des autres eaux

agement of the whole or part of the fishery in non-tidal waters in the Nass River, its tributaries and other rivers and lakes in north western British Columbia.

All of the respondents other than the B.C. Wildlife Federation represent members who are commercial fishermen on the Pacific Coast of Canada holding Class "A" fishing licences and some of whom are accustomed to fish within the waters over which the Nisga'a claim control. They fear that the interests and livelihood of their members will be affected if the Nisga'a obtain ownership, control and management of the fishery resource according to their claim. The respondent B.C. Wildlife Federation represents, *inter alia*, members who hold valid sea and fresh water sports fishing licences and who have an interest in the fish resources claimed by the Nisga'a.

The negotiations are being conducted in secret, but the respondents argue, on the basis of an undated briefing note disclosed by representatives of an adjacent Indian band, that the federal negotiator is proposing to allocate 35% of the fishery to the Nisga'a.

The motion to strike out the statement of claim was made by the appellants under Rule 419(1)(a) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] on the ground that the statement of claim "discloses no reasonable cause of action." The Motions Judge rejected their motion as follows (*Appeal Book*, pages 5-7):

The plaintiffs say the interest and livelihoods of their members will be affected if the Nishga's are given ownership, management or control of the fishery resources in question.

The plaintiffs assert there is a possible proposed allocation by Walchli to the Nishga of a certain percentage of the claimed fisheries.

The plaintiffs further assert, as matters of law, any allocations of propriety or other fishing rights, or any allocations or transfers, are *ultra vires* the federal power; the negotiations themselves are without any authority.

adjacentes à celles-ci de la côte de la Colombie-Britannique, et revendiquent la propriété, la gestion et le contrôle de la totalité ou d'une partie des ressources de la pêche pratiquée dans les eaux sans marée de la rivière Nass, de ses affluents et d'autres rivières et lacs situés au nord-ouest de la Colombie-Britannique.

Toutes les intimées sauf la B.C. Wildlife Federation agissent pour le compte de membres pêcheurs commerciaux de la côte du Pacifique du Canada détenant un permis de pêche de catégorie «A» et, pour certains, ayant l'habitude de pêcher dans les eaux visées par la revendication de contrôle des Nishgas. Elles craignent que les intérêts et moyens d'existence de leurs membres ne soient touchés si les Nishgas obtenaient la propriété, la gestion et le contrôle des ressources de la pêche qu'ils ont demandées. L'intimée B.C. Wildlife Federation représente entre autres des membres qui détiennent des permis valides de pêche sportive relatifs aux eaux avec marées et aux eaux sans marées et qui ont un intérêt dans les ressources de la pêche revendiquées par les Nishgas.

Bien que les négociations visées soient menées à huis clos, les intimées soutiennent, en se fondant sur une note d'information non datée transmise par les représentants d'une bande indienne voisine, que le négociateur fédéral propose l'allocation de 35 % de la pêche visée aux Nishgas.

La requête en radiation de la déclaration en l'espèce, qui a été présentée par les appelants sur le fondement de l'alinéa 419(1)a des Règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], allègue que la déclaration «ne divulgue aucune cause raisonnable d'action». Le juge des requêtes a rejeté leur requête dans les termes suivants (*Dossier d'appel*, aux pages 5 à 7):

Les demandereses prétendent que les intérêts et les moyens d'existence de leurs membres seront touchés si les Nishga obtiennent la propriété, la gestion ou le contrôle des ressources en cause.

Les demandereses soutiennent qu'il est possible que Walchli attribue aux Nishga un certain pourcentage des ressources revendiquées.

Comme question de droit, les demandereses soutiennent en outre que toute attribution de droits de propriété ou autres droits de pêche, ou toute attribution ou transfert de ces droits excède la compétence fédérale; les négociations elles-même ne sont pas autorisées.

Alternatively, the plaintiffs have requested the negotiator and the Minister to provide them information as to the Nishga claim, and to allow the plaintiffs to participate and have a hearing in respect of those claims and the negotiations. This request has been refused.

The plaintiffs say the Minister, and his negotiator, have a duty of fairness, which requires in the circumstances the giving of a hearing.

The relief sought in the plaintiff's action is declarations going to the question of the validity and constitutionality of the negotiations and any transfers or allocation of rights. Section 7 of the Charter of Rights and Freedoms is also relied on.

The other major declarations sought are in respect to the asserted duty of fairness, and the right to a hearing.

The defendants contended, as a matter of law, the question of constitutional validity and statutory authority have all been decided in previous case law. Adversely, and plainly and obviously so, to the plaintiff's position.

I do not agree.

The particular statutory and constitutional positions, as advanced by the plaintiffs, are, to my mind, reasonably arguable in the context of some of the decisions, at least, relied on by the defendants. Those legal questions are also not without difficulty.

It is not for me, at this stage, to decide those questions of law, nor even to weigh the pros and cons. I am unable to say, at this time, the plaintiffs are clearly out of court.

In respect of the matter of judicial review, and the duty of fairness, it is, as I see it, not plain and obvious the plaintiffs cannot, beyond doubt, succeed. I do not propose to go into all the contentions advanced on this point by the defendants. But, it was strongly urged the negotiator, Walchli is not a tribunal, nor a decision-maker; all he can do is recommend; therefore, and for other reasons, as well, judicial review, in the form of the relief sought, cannot be granted at trial. The opposite contention is, nevertheless, in my view, arguable on the part of the plaintiffs. See, for example, *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. National Farm Products Marketing Council*, [1986] 2 F.C. 247; (1986), 65 N.R. 392 (C.A.).

I add these observations.

This motion took the better part of a day. The defendant's submissions were approximately two and a half hours. Elaborate argument was made and a wealth of decisions produced and referred to. The plaintiff's submissions took approximately an hour.

The Motions Judge then cited (at page 9) with approval the following comments of Dubé J. in *Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. v. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et al.* (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (F.C.T.D.), at page 214:

Subsidiairement, les demandereses ont demandé au négociateur et au ministre de leur fournir des renseignements sur la revendication des Nishga et de permettre aux demandeurs d'obtenir la tenue d'une audition à l'égard de ces revendications et des négociateurs et d'y participer. Cette demande a été  
a rejetée.

Les demandereses affirment que le ministre et son négociateur ont le devoir d'agir avec équité, ce qui exige dans les circonstances la tenue d'une audition.

Par leur action, les demandereses tentent d'obtenir des déclarations portant sur la validité et la constitutionnalité des négociations et de tout transfert ou attribution de droits. Elles se fondent également sur l'article 7 de la Charte des droits et libertés.

Les principales autres déclarations recherchées ont trait au devoir d'agir avec équité et au droit à une audition.

Comme question de droit, les défendeurs prétendent que la validité constitutionnelle et l'autorité légale ont été tranchées dans des précédents. Cette prétention est manifestement contraire à la position des demandereses.

Je ne suis pas d'accord.

À mon avis, les prétentions législatives et constitutionnelles avancées par les demandereses sont raisonnablement soutenables, du moins dans le contexte de certaines décisions sur lesquelles se fondent les défendeurs. Ces questions de droit ne sont pas sans difficulté.

Il ne m'appartient pas, à ce stade, de statuer sur ces questions de droit, ni même de peser les arguments pour et contre. Je suis incapable d'affirmer pour l'instant que les demandereses n'ont manifestement aucune cause d'action.

Pour ce qui est de l'examen judiciaire et du devoir d'agir avec équité, il n'est pas évident, à mon avis, que les demandereses seront assurément déboutées. Je n'ai pas l'intention de discuter de toutes les prétentions avancées à cet égard par les défendeurs. Mais ils ont prétendu énergiquement que le négociateur Walchli n'est pas un tribunal ni un décideur, puisqu'il ne peut que faire des recommandations; en conséquence et pour d'autres motifs également, l'examen judiciaire selon le redressement demandé ne peut être accordé au procès. Néanmoins, j'estime que les demandereses peuvent soutenir la prétention contraire. Voir, par exemple, *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Conseil national de commercialisation des produits de ferme*, [1986] 2 C.F. 247; (1986), 65 N.R. 392 (C.A.).

J'ajouterais quelques commentaires.

La présente requête a duré presque toute la journée. Les exposés des défendeurs ont duré près de deux heures et demie. On a présenté de longs exposés et produit et cité une foule de précédents. L'exposé des demandereses a duré environ une  
i heure.

Le juge des requêtes a alors cité (*Dossier d'appel*, à la page 9) avec approbation les observations suivantes du juge Dubé dans l'affaire *Burnaby Machine & Mill Equipment Ltd. c. Berglund Industrial Supply Co. Ltd. et al.* (1982), 64 C.P.R. (2d) 206 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 214:

In conclusion, one might be forgiven for suggesting a practical rule of thumb to govern striking out procedures, namely, that when hours of laborious and complex arguments are felt to be necessary to establish that something is "plain and obvious", then that something might not be so plain and obvious after all.

The Motions Judge then concluded (at page 9):

To summarize.

The plaintiff's action is not one that plainly and obviously cannot succeed.

The motion is dismissed.

On the same day as the Motions Judge's decision the Minister gave a policy directive to the federal negotiator as follows (*Appeal Book*, App. I, page 22):

#### ABORIGINAL AND NON-ABORIGINAL INTERESTS

Of course we recognize that in many cases such resources are also being utilized by others. In the past, third parties have sometimes been concerned that their interests would be traded away behind closed doors: the lack of available information has perhaps led to a distorted impression of what has been under consideration. I therefore wish to make it clear that the mandate of all federal negotiators will explicitly require that third parties be consulted, that their legitimate interests be respected, and that the public interest be safeguarded.

By order of Muldoon J. of March 9, 1987, made in order to avoid "a multiplicity of proceedings in this matter", this policy directive was allowed to be incorporated in the respondent's statement of claim as a new paragraph 31, and by the same amendment paragraphs 32-34 were added to the statement of claim, as follows (*Appeal Book*, App. I, page 23):

32. By reason of the aforesaid policy directive, the Plaintiffs have a reasonable expectation of and a right to a fair hearing by the Federal Negotiator.

33. Notwithstanding the aforesaid policy directive, the Federal Negotiator has continued to refuse to open "the closed doors", or to give the Plaintiffs the "available information", or to extend to the Plaintiffs a right to meaningful consultation in the claims negotiation process.

34. The said refusal of the Federal Negotiator is outside the discretion vested in the Federal Negotiator as prescribed by the said policy directive, and is contrary to the rules of natural justice.

En conclusion, il n'est pas interdit de suggérer une méthode empirique pratique pour déterminer s'il y a lieu de radier des procédures, c'est-à-dire que lorsque de nombreuses heures de débats complexes et laborieux sont jugées nécessaires afin de déterminer si quelque chose est «clair et évident», c'est peut-être que, après tout, ce quelque chose n'est pas aussi clair et évident que cela.

Le juge des requêtes a alors conclu (*Dossier d'appel*, à la page 9):

En résumé.

Il n'est pas évident et manifeste que les demandereses seront déboutées.

La requête est rejetée.

Le jour même de la décision du juge des requêtes, le ministre a donné au négociateur fédéral la directive d'orientation suivante (*Dossier d'appel*, Appendice I, à la page 22):

[TRADUCTION]

#### INTÉRÊTS DES AUTOCHTONES ET DES NON AUTOCHTONES

Évidemment, nous reconnaissons qu'il arrive souvent que de telles ressources soient utilisées par d'autres. Par le passé, à certains moments, des tiers ont craint qu'il ne soit transigé à huis clos sur leurs droits et intérêts: le défaut de rendre certains renseignements disponibles a peut-être suscité chez certaines personnes une fausse impression au sujet des questions à l'étude. Je veux donc qu'il soit clair que le mandat de tout négociateur fédéral comprendra l'exigence expresse que les tiers soient consultés, que leurs droits et intérêts légitimes soient respectés et que l'intérêt public soit sauvegardé.

Le juge Muldoon, dans une ordonnance en date du 9 mars 1987 visant à éviter [TRADUCTION] «qu'une multitude de procédures soient prises concernant la présente question», a accueilli une demande de modification sollicitant l'insertion de cette directive d'orientation dans la déclaration des intimées et l'adjonction à ladite déclaration des paragraphes 32 à 34 suivants (*Dossier d'appel*, Appendice I, à la page 23):

[TRADUCTION] 32. Sur le fondement de la directive d'orientation ci-haut mentionnée, les demandereses ont une attente raisonnable et ont le droit de se voir accorder une audition équitable par le négociateur fédéral.

33. Nonobstant cette directive d'orientation, le négociateur fédéral a continué de refuser de mettre fin au «huis clos» ou de donner aux demandereses les «renseignements disponibles» ou d'accorder aux demandereses le droit à une consultation effective dans le processus de négociation relatif à la revendication en cause.

34. Ce refus du négociateur fédéral excède le pouvoir discrétionnaire défini dans ladite directive d'orientation et viole les règles de la justice naturelle.

In addition to declarations based on common law principles, the respondents seek a declaration based on section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)], in both cases to the effect that they have been denied fairness through not having been provided with any information about the negotiations nor with a hearing. The relevant principles for striking out statements of claim have been most cogently set out by Dickson C.J.C. in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 59 N.R. 1, at pages 449-450, 454-455 (S.C.R.); 7-8, 13-14 (N.R.), in the particular context of section 7:

The most recent and authoritative statement of principle applicable to determine when a statement of claim may be struck out is that of Estey J. in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 740:

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (App. Div.)

Madame Justice Wilson in her reasons in the present case [at p. 486] summarized the relevant principles as follows:

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, i.e. a cause of action "with some chance of success" (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) or, as Le Dain J. put it in *Dowson v. Government of Canada* (1981), 37 N.R. 127 (F.C.A.), at p. 138, is it "plain and obvious that the action cannot succeed".

I agree with Madame Justice Wilson that, regardless of the basis upon which the appellants advance their claim for declaratory relief—whether it be s. 24(1) of the *Charter*, s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, or the common law—they must at least be able to establish a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under the *Charter*.

In short then, for the appellants to succeed on this appeal, they must show that they have some chance of proving that the action of the Canadian government has caused a violation or a threat of violation of their rights under the *Charter*.

Les intimées, outre les dispositions déclaratoires qu'elles recherchent sur le fondement de principes de *common law*, sollicitent une disposition déclaratoire fondée sur l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] qui, comme le feraient les précédentes, statuerait qu'elles n'ont pas été traitées avec équité parce qu'aucun renseignement ne leur a été fourni relativement aux négociations et parce qu'aucune audition ne leur a été accordée. Les principes pertinents à la radiation des déclarations ont été énoncés de façon on ne peut plus convaincante par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, aux pages 449 et 450, ainsi qu'aux pages 454 et 455; (1985), 59 N.R. 1, aux pages 7 et 8 ainsi qu'aux pages 13 et 14, dans le contexte particulier de l'article 7:

On trouve l'énoncé le plus récent faisant autorité du principe applicable pour déterminer si une déclaration peut être radiée dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 740:

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308 (Div. App.)

Dans les motifs qu'elle a rédigés en l'espèce, madame le juge Wilson résume ainsi les principes pertinents [à la p. 486]:

Le droit donc paraît clair. Les faits articulés doivent être considérés comme démontrés. Alors, la question est de savoir s'ils révèlent une cause raisonnable d'action, c.-à-d. une cause d'action «qui a quelques chances de succès» (*Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094) ou, comme dit le juge Le Dain dans l'arrêt *Dowson c. Gouvernement du Canada* (1981), 37 N.R. 127 (C.A.F.), à la p. 138, est-il «évident et manifeste que l'action ne saurait aboutir»?

Je conviens avec le juge Wilson qu'indépendamment du fondement qu'invoquent les appelants pour faire valoir leur demande de jugement déclaratoire—que ce soit le par. 24(1) de la *Charte*, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou la *common law*—ils doivent à tout le moins être à même de démontrer qu'il y a menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits garantis par la *Charte*.

En bref donc, pour que les appelants aient gain de cause dans ce pourvoi, ils doivent montrer qu'ils ont quelques chances de prouver que l'action du gouvernement canadien a porté atteinte à leurs droits en vertu de la *Charte* ou menacé de le faire.



What can be concluded from this analysis of the statement of claim is that all of its allegations, including the ultimate assertion of an increased likelihood of nuclear war, are premised on assumptions and hypotheses about how independent and sovereign nations, operating in an international arena of radical uncertainty, and continually changing circumstances, will react to the Canadian government's decision to permit the testing of the cruise missile.

The point of this review is not to quarrel with the allegations made by the appellants about the results of cruise missile testing. They are, of course, entitled to their opinion and belief. Rather, I wish to highlight that they are raising matters that, in my opinion, lie in the realm of conjecture, rather than fact. In brief, it is simply not possible for a court, even with the best available evidence, to do more than speculate upon the likelihood of the federal cabinet's decision to test the cruise missile resulting in an increased threat of nuclear war.

(c) The Rule that Facts in a Statement of Claim Must be Taken as Proven

We are not, in my opinion, required by the principle enunciated in *Inuit Tapirisat, supra*, to take as true the appellants' allegations concerning the possible consequences of the testing of the cruise missile. The rule that the material facts in a statement of claim must be taken as true for the purpose of determining whether it discloses a reasonable cause of action does not require that allegations based on assumptions and speculations be taken as true. The very nature of such an allegation is that it cannot be proven to be true by the adduction of evidence. It would, therefore, be improper to accept that such an allegation is true. No violence is done to the rule where allegations, incapable of proof, are not taken as proven. [Emphasis added].

In my view the allegations of violations of rights in the case at bar, whether based on the common law or on the Charter, are just as incapable of proof as those in the *Operation Dismantle* cases. They are perhaps not inherently incapable of proof, but they are incapable of proof at this time because, even in the presence of firm evidence as to the exact present state of the negotiations, a court could not possibly conclude that the Government would ultimately decide to translate a particular negotiating position at a given moment into a legal agreement, still less that it would introduce legislation to that effect into Parliament, or that Parliament would enact it. Any duty of fairness owed by the Government to the fishermen must be determined in the context of a real decision by the Government affecting their rights, whatever those rights may be. As the *Operation Dismantle* case suggests, it may be enough that the violation of rights is merely threatened, but the threat must surely always be a real and not merely a hypotheti-

On peut conclure de cette analyse de la déclaration que toutes ces allégations, y compris l'assertion ultime d'un accroissement du risque de guerre nucléaire, ont pour prémisses des suppositions et des hypothèses sur la manière dont des nations indépendantes et souveraines, agissant dans une arène internationale radicalement incertaine, où les circonstances changent continuellement, réagiront à la décision du gouvernement canadien d'autoriser les essais du missile de croisière.

Cet examen n'a pas pour but de chercher querelle aux appellants quant à leurs allégations concernant les résultats des essais du missile de croisière. Ils ont, bien entendu, droit à leur opinion et à leur conviction. Je désire souligner plutôt qu'ils soulèvent des questions qui, à mon avis, tiennent de la conjecture plutôt que des faits. En bref, il n'est tout simplement pas possible pour une cour de justice, même avec les meilleures preuves disponibles, de faire autre chose que de spéculer sur la possibilité que la décision du cabinet fédéral de procéder aux essais du missile de croisière accroisse le danger de guerre nucléaire.

c) La règle selon laquelle les faits d'une déclaration doivent être considérés comme prouvés

À mon avis, nous ne sommes pas tenus par le principe énoncé dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, précité, de considérer comme vraies les allégations des appelants concernant les conséquences éventuelles des essais du missile de croisière. La règle selon laquelle les faits matériels d'une déclaration doivent être considérés comme vrais, lorsqu'il s'agit de déterminer si elle révèle une cause raisonnable d'action, n'oblige pas à considérer comme vraies les allégations fondées sur des suppositions et des conjectures. La nature même d'une telle allégation, c'est qu'on ne peut en démontrer la véracité par la présentation de preuves. Il serait donc inapproprié d'accepter une telle allégation comme vraie. On ne fait pas violence à la règle lorsque des allégations, non susceptibles de preuve, ne sont pas considérées comme prouvées. [Les soulignements sont ajoutés].

À mon avis, les allégations de violation de droit fondées sur la *common law* et les allégations de droit s'appuyant sur la Charte qui se trouvent présentées en l'espèce sont toutes aussi peu susceptibles de preuve que celles de l'affaire *Operation Dismantle*. De telles allégations ne sont peut-être pas impossibles à prouver par nature, mais elles sont incapables d'être établies à ce point-ci parce que, même si une preuve ferme était présentée pour décrire précisément l'état actuel des négociations, une cour ne serait pas en mesure de conclure que le Gouvernement déciderait ultimement de transformer une position particulière adoptée à un point donné d'une négociation en une entente juridique et, à plus forte raison, de prévoir que le Gouvernement déposerait une loi à cet effet devant le Parlement ou que ce dernier adopterait une telle loi. Toute obligation d'équité du Gouvernement envers les pêcheurs doit être appréciée en fonction du contexte d'une décision réelle du Gouvernement touchant leurs droits, quels qu'ils puis-

cal, surmised or imagined threat. If the mere possibility of being affected by a contemplated government policy gave rise to rights of fair hearing, in advance of the decision, the burden of such universally required consultation would probably totally frustrate governmental decision making. For an issue of fairness to arise, the adverse effects must be more than merely possible: *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. National Farm Products Marketing Council*, [1986] 2 F.C. 247, at page 264; (1986), 65 N.R. 392, at page 402; 26 D.L.R. (4th) 677 (C.A.) at page 691. More important, there must be something that can be said to be a "decision": *Re Abel et al. and Advisory Review Board* (1980), 31 O.R. (2d) 520 (C.A.), at page 532.

The more fundamental argument of the respondents in their statement of claim is that federal jurisdiction over "Sea Coast and Inland Fisheries" under subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)] is not sufficiently broad to allow Parliament to grant all or a portion of the tidal and non-tidal fishery in British Columbia to the exclusive use of members of the Nisga'a tribe in that proprietary rights to the tidal and non-tidal fishery with which this action is concerned are vested in the Crown provincial.

It will be time enough, however, to decide such issues if they actually arise. Parliament has under its power over "Indians, and Lands reserved for the Indians" (subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*) *prima facie* jurisdiction to settle the claims of aboriginal peoples. Neither Parliament nor a Minister of the Crown nor a federal negotiator can be presumed to be acting beyond constitutional powers before they have even acted.

sent être. Comme le suggère l'arrêt *Operation Dismantle*, si la seule menace d'une violation de droits peut être suffisante, cette menace doit certainement toujours être réelle et non simplement hypothétique, conjecturale ou imaginaire. Si la seule possibilité qu'une personne soit touchée par une politique gouvernementale envisagée pouvait conférer à cette personne le droit à une audition équitable préalable à la décision visée, la lourdeur de la consultation universelle ainsi exigée entraverait probablement entièrement le processus décisionnel gouvernemental. Pour que la question de l'équité soit soulevée, les conséquences défavorables doivent constituer plus qu'une simple possibilité: *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Conseil national de commercialisation des produits de ferme*, [1986] 2 C.F. 247, aux pages 264 et 265; (1986), 65 N.R. 392, à la page 402; 26 D.L.R. (4th) 677 (C.A.), à la page 691. De façon plus importante, les éléments d'une [TRADUCTION] «décision» doivent être présents: *Re Abel et al. and Advisory Review Board* (1980), 31 O.R. (2d) 520 (C.A.), à la page 532.

Les intimées présentent dans leur déclaration un argument plus fondamental selon lequel la compétence fédérale sur «les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» prévue au paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)] n'est pas suffisamment étendue pour permettre au Parlement d'accorder l'usage exclusif de la totalité ou d'une partie des pêcheries des eaux avec marées et des eaux sans marées de la Colombie-Britannique aux membres de la tribu des Nishgas puisque le droit de propriété relatif aux pêcheries des eaux avec marées et des eaux sans marées visées par la présente action est dévolu à la Couronne provinciale.

Il sera toujours temps, toutefois, de trancher de telles questions si elles sont effectivement soulevées. Le Parlement, en vertu du pouvoir qu'il détient sur «des Indiens et les terres réservées aux Indiens» (le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), possède à première vue la compétence voulue pour régler les revendications des peuples autochtones. Ni le Parlement ni un ministre de la Couronne ni un négociateur fédéral

Except perhaps on a reference, it is not open to a court to speculate in such a fashion. Moreover, if it became apparent to the Federal Government that the character of the agreement likely to be reached with the Nisga'a would be, or might be, beyond unaided federal powers, it is possible that it would attempt to work out a joint federal-provincial approach to the settlement. A court has no warrant to exclude such a possibility in advance.

\* \* \*

The new argument raised by the respondents on this appeal was based on the alleged "legitimate expectation" of meaningful consultation arising from the Minister's directive of December 18, 1986, to the negotiator.

Considerable argument occurred over whether the consultation was required to be meaningful, and as to whether it could be meaningful, or even as to whether it could truly be said to be consultation, in the absence of knowledge by the respondents of the state of negotiations between the Government and the Nisga'a, since it was argued by the respondents that such knowledge was required to establish the subject matter of the consultation.

Accepting without deciding that the respondents are correct in their arguments concerning the offered consultation, I turn to the recently developed English law of legitimate expectation, which "may arise either from an express promise given on behalf of a public authority or from the existence of a regular practice which the claimant can reasonably expect to continue": Lord Fraser of Tullybelton in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.), at page 401. Taylor J. reviewed the law on legitimate expectation in *R v Secretary of State for the Home Dept, ex p Ruddock*, [1987] 2 All ER 518 (Q.B.D.), at page 531:

On those authorities I conclude that the doctrine of legitimate expectation in essence imposes a duty to act fairly. Whilst most of the cases are concerned, as Lord Roskill said, with a right to be heard, I do not think the doctrine is so confined. Indeed, in a case where *ex hypothesi* there is no right to be

ne peuvent être présumés excéder les pouvoirs que leur confère la Constitution avant d'avoir agi. Une cour, sauf peut-être dans le cadre d'un renvoi, n'a pas le droit de faire de telles conjectures. De plus, dans l'éventualité où il apparaîtrait au Gouvernement fédéral que l'entente à laquelle il devrait vraisemblablement en arriver avec les Nishgas a un caractère tel que sa conclusion lui ferait excéder ou pourrait lui faire excéder les seuls pouvoirs fédéraux, celui-ci pourrait bien tenter d'élaborer une approche conjointe avec la province concernée. Une cour n'est pas autorisée à exclure une telle possibilité à l'avance.

\* \* \*

Le nouvel argument soulevé par les intimées dans le cadre du présent appel était fondé sur l'[TRADUCTION] «attente légitime» d'une consultation effective qui découlerait de la directive en date du 18 décembre 1986 du ministre au négociateur.

Les intimées ont soutenu que l'état des négociations entre le Gouvernement et les Nishgas devait leur être révélé pour que l'objet de la consultation envisagée puisse être établi, et des débats très importants ont eu lieu au sujet des questions de savoir si cette consultation devait être effective, ou pouvait être effective, ou pouvait même être véritablement qualifiée de consultation en l'absence d'une telle connaissance des intimées.

En supposant, sans le décider, que les arguments des intimées visant la consultation offerte soient fondés, j'examinerai les principes de droit élaborés récemment en Angleterre au sujet de l'attente légitime, qui [TRADUCTION] «peut découler soit d'une promesse expresse faite pour le compte d'une autorité publique soit de l'existence d'une pratique habituelle dont le réclamant peut raisonnablement escompter le maintien»: lord Fraser of Tullybelton dans l'arrêt *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] A.C. 374 (H.L.), à la page 401. Le juge Taylor a examiné les principes de droit relatifs à l'attente légitime dans l'affaire *R v Secretary of State for the Home Dept, ex p Ruddock*, [1987] 2 All ER 518 (Q.B.D.), à la page 531:

[TRADUCTION] Sur le fondement de ces précédents, je conclus que la doctrine de l'attente légitime a essentiellement pour objet l'imposition d'un devoir d'agir équitablement. Bien que, ainsi que l'a dit lord Roskill, la plupart des affaires concernées mettent en jeu un droit d'être entendu, je ne crois pas que cette

heard, it may be thought the more important to fair dealing that a promise or undertaking given by a minister as to how he will proceed should be kept. Of course such promise or undertaking must not conflict with his statutory duty or his duty, as here, in the exercise of a prerogative power. I accept the submission of counsel for the Secretary of State that the respondent cannot fetter his discretion. By declaring a policy he does not preclude any possible need to change it. But then if the practice has been to publish the current policy, it would be incumbent on him in dealing fairly to publish the new policy, unless again that would conflict with his duties.

Assuming, without deciding, that the doctrine of legitimate expectation would found a duty on the part of the Government to provide the consultation promised to the respondents, that duty could be measured only at the completion of the period indicated. In the case at bar, it can be inferred from the fact that the directive was given to the federal negotiator that the period it was to cover was that of the negotiations. The balance sheet, therefore, can be drawn only at the appropriate time, at the conclusion of negotiations. It would be a usurpation for a court to designate some earlier day as the date by which consultation had to take place, since the directive itself by clear implication leaves the timing of consultation in the hands of the negotiator, provided that it takes place before the negotiations are completed. The respondents' statement of claim is therefore premature in this respect.

For all of these reasons I would allow the appeal, set aside the order of the Motions Judge, strike out the respondents' statement of claim, and dismiss the respondents' action, the whole with costs both in this Court and in the Trial Division.

PRATTE J.: I agree.

STONE J.: I agree.

doctrines soit restreinte à une telle question. En fait, dans une affaire où, par hypothèse, il n'existerait aucun droit d'être entendu, le respect d'une promesse ou d'un engagement du ministre visant la procédure pourrait être considéré comme revêtant une importance encore plus grande. Évidemment, une telle promesse ou un tel engagement ne doit pas entrer en conflit avec le devoir que lui assigne une loi ou, comme c'est le cas en l'espèce, le devoir qui lui est imposé dans l'exercice d'une prérogative. J'accepte la prétention de l'avocat du Secretary of State selon laquelle l'intimé ne peut restreindre son propre pouvoir discrétionnaire. En faisant une déclaration énonçant une politique, il n'exclut pas d'avance la possibilité qu'il doive la modifier. Cependant, dans le cas où une pratique de publication de la politique en vigueur aurait été suivie, il lui incomberait de publier la nouvelle politique pour respecter l'équité, à moins encore qu'une telle publication ne soit contraire aux devoirs qui lui sont imposés.

En supposant, sans le décider, que la doctrine de l'attente légitime fonde une obligation du Gouvernement de tenir la consultation promise aux intimées, la mesure d'un tel devoir ne pourrait avoir lieu qu'une fois écoulée la période indiquée. En l'espèce, le fait que la directive a été donnée au négociateur fédéral permet d'inférer que la période visée par cette directive était celle des négociations. Le bilan ne peut donc être dressé à cet égard qu'au moment approprié, à la conclusion des négociations. Une cour qui avancerait la date fixée pour la consultation s'arrogerait une compétence qu'elle ne possède pas puisque la directive elle-même confie implicitement de façon claire au négociateur la détermination du moment de la consultation tout en exigeant que celle-ci soit tenue avant la fin des négociations. La déclaration des intimées est donc prématurée à cet égard.

Pour tous les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance du juge des requêtes, je radierais la déclaration des intimées et je rejetterais leur action, le tout avec dépens à la fois devant cette Cour et devant la Division de première instance.

LE JUGE PRATTE: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE STONE: Je souscris à ces motifs.