

A-620-86

A-620-86

International Fund for Animal Welfare, Inc., Stephen Best and Brian D. Davies (Appellants)

v.

The Queen, Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Justice and Attorney General of Canada (Respondents)

INDEXED AS: *INTERNATIONAL FUND FOR ANIMAL WELFARE, INC. v. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Heald, Urie and Mahoney JJ.—
Toronto, January 29 and February 9, 1988.

Practice — Parties — Intervention — Canadian Civil Liberties Association seeking to intervene in appeal from decision holding Seal Protection Regulations infringing Charter guaranteed right to freedom of expression, but demonstrably justified — Applicant seeking to establish right to demonstrate included in freedom of expression — Not raised at trial, nor proposed to be raised on appeal by parties — Application dismissed — Important, in dealing with Charter issues raised for first time, that Courts have assistance of argument from all segments of community — Matter sought to be dealt with by intervenor must at least have been raised at trial, particularly if party objecting to intervention.

Constitutional law — Charter of Rights — Important, in dealing with Charter issues raised for first time, that courts have assistance of argument from all segments of community — Canadian Civil Liberties Association seeking to intervene in appeal in freedom of expression case to establish that freedom including right to demonstrate — Application denied as issue neither put in issue at trial nor intended to be raised by parties upon appeal.

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.), ss. 1, 2(b).
Seal Protection Regulations, C.R.C., c. 833, s. 11(5),(6) (as am. by SOR/78-167, s. 3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al. (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (B.C.C.A.); *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 112 D.L.R. (3d) 132 (Ont. C.A.).

Fonds international pour la défense des animaux, Inc., Stephen Best et Brian D. Davies (appelants)

a c.

La Reine, Ministre des Pêches et Océans, Ministre de la Justice et Procureur général du Canada (intimés)

RÉPERTORIÉ: *FONDS INTERNATIONAL POUR LA DÉFENSE DES ANIMAUX, INC. c. CANADA (C.A.)*

Cour d'appel, juges Heald, Urie et Mahoney—
Toronto, 29 janvier et 9 février 1988.

Pratique — Parties — Intervention — L'Association canadienne des libertés civiles tente d'intervenir dans l'appel interjeté contre la décision dans laquelle il est statué que le Règlement sur la protection des phoques viole le droit à la liberté d'expression garanti par la Charte, mais que sa justification peut se démontrer — La requérante tente d'établir que le droit de manifester est compris dans la liberté d'expression — Ce point n'a pas été soulevé au procès, et les parties ne se sont pas proposées de le soulever en appel — La demande est rejetée — Il importe, lorsqu'il s'agit de questions fondées sur la Charte soulevées pour la première fois, que les tribunaux aient la possibilité d'entendre des arguments de tous les secteurs de la collectivité — La question dont veut traiter un intervenant doit au moins avoir été soulevée au procès, particulièrement si une partie s'oppose à l'intervention.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Il importe, lorsqu'il s'agit de questions fondées sur la Charte soulevées pour la première fois, que les tribunaux aient la possibilité d'entendre des arguments de tous les secteurs de la collectivité — L'Association canadienne des libertés civiles tente d'intervenir dans l'appel interjeté dans une affaire mettant en cause la liberté d'expression pour établir que cette liberté comprend le droit de manifester — La demande est rejetée parce que la question n'a pas été soulevée au procès et les parties n'entendaient pas la soulever en appel.

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. 1, 2b).
Règlement sur la protection des phoques, C.R.C., chap. 833, art. 11(5),(6) (mod. par DORS/78-167, art. 3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al. (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (C.A.C.-B.); *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 112 D.L.R. (3d) 132 (C.A. Ont.).

COUNSEL:

D. V. MacDonald for appellants.
John B. Laskin for Canadian Civil Liberties Association.
Urszula Kaczmarczyk for respondents.

SOLICITORS:

McMillan, Binch, Toronto, for appellants.
Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, for Canadian Civil Liberties Association.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.: The Canadian Civil Liberties Association, "the applicant", applies to intervene in this appeal as a friend of the Court. The appellants support the application; the respondents oppose it.

The appeal has been set down for hearing in two months. It is an appeal from a reported decision of the Trial Division, [1987] 1 F.C. 244, which held, *inter alia*, that certain provisions of the *Seal Protection Regulations*, C.R.C., c. 833, infringed the appellants' right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) 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.)] but were demonstrably justified limits on that right. The provisions in issue are subsections 11(5) and (6) [as am. by SOR/78-167, s. 3].

11. ...

(5) Except with the permission of the Minister, no person shall

(a) land a helicopter or other aircraft less than ½ nautical mile from any seal that is on the ice in the Gulf Area or Front Area; or

(b) operate a helicopter or other aircraft over any seal on the ice at an altitude of less than 2,000 feet, except for commercial flights operating on scheduled flight plans.

(6) No person shall, unless he is the holder of a licence or a permit, approach within half a nautical mile of any area in which a seal hunt is being carried out.

AVOCATS:

D. V. MacDonald pour les appelants.
John B. Laskin pour l'Association canadienne des libertés civiles.
Urszula Kaczmarczyk pour les intimés.

PROCUREURS:

McMillan, Binch, Toronto, pour les appelants.
Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, pour l'Association canadienne des libertés civiles.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LE JUGE MAHONEY: L'Association canadienne des libertés civiles, requérante, demande à intervenir en l'espèce à titre d'*amicus curiae*. Les appelants appuient sa demande mais les intimés s'y opposent.

L'appel doit être entendu dans deux mois. Il s'agit d'un appel d'un jugement publié de la Division de première instance, [1987] 1 C.F. 244, déclarant notamment que certaines dispositions du *Règlement sur la protection des phoques*, C.R.C., chap. 833, portaient atteinte à la liberté d'expression des appelants garantie par l'alinéa 2b) 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.)] mais qu'il s'agissait de limites justifiables. Les dispositions en cause sont les paragraphes 11(5) et (6) [mod. par DORS/78-167, art. 3].

11. ...

(5) Sauf avec la permission du Ministre, il est interdit

a) d'atterrir en hélicoptère ou autre aéronef à moins de ½ mille marin d'un phoque qui se trouve sur la glace dans la région du Golfe ou dans la région du Front; ou

b) de survoler en hélicoptère ou dans un autre aéronef, à une altitude de moins de 2,000 pieds, un phoque qui se trouve sur la glace, sauf s'il s'agit d'un vol commercial suivant un plan de vol établi.

(6) À moins d'être titulaire d'un permis, il est interdit d'approcher à moins d'un demi-mille marin de toute région où une chasse aux phoques est en cours.

The constitutional issue, which is the only issue on which the applicant seeks leave to intervene, was stated by the learned Trial Judge in the following terms, at page 256:

The question thus raised for determination is whether the Regulations deny to the plaintiffs their guaranteed right of freedom of expression within the meaning of paragraph 2(b) of the Charter. This right, it is contended, must be seen to include "freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds", whether by the written or spoken word or photography or whatever other media of communication might be chosen. Although IFAW is unquestionably a redoubtable protester, the gist of the case is not concerned with the right to protest *per se*. The plaintiffs' evidence is that they have never deliberately interfered with the sealers. Their avowed objective is access to information rather than altercation and confrontation.

The finding that the appellants' freedom of expression included the right to obtain information is not in issue on appeal. It is conceded by the respondents.

The affidavit of A. Alan Borovoy, filed in support of the application to intervene, states:

18. If granted leave to intervene, the Association will submit that the freedom of expression guaranteed by section 2(b) of the Charter includes the right to demonstrate in order to exert social pressure upon and attract public censure against those engaging in activities that those who wish to demonstrate consider objectionable. The Association will further submit that the Regulations deny the exercise of that right in a manner that is not capable of justification under section 1. That denial, it will be submitted, is not mitigated in this case by the fact that other avenues of persuasion remain open to the appellants. The avenue closed by the Regulations is that which is likely to have the greatest impact on the sealers. All other means of persuasion involve distance from the sealers and thus lack the force of direct demonstrations.

That is not an issue raised by the appellants either at trial or in their factum on appeal. The most that can be said is that the learned Trial Judge did, at page 263, in dealing with the section 1 justification, hold that, "The ice pans are no place to stage a protest", having found:

There is something of a fine line between the activity of searching for information to mount an effective protest against a lawful commercial activity and the act of protesting that activity at the very scene of operations.

The appellants also propose to argue that the Regulations are not sufficiently precise to sustain a limitation on a Charter guaranteed right. On the basis of their factum, I infer that the appellants

La question constitutionnelle, qui est le seul point litigieux à l'égard duquel la requérante vise à obtenir la permission d'intervenir, a été énoncée par le juge de première instance dans les termes suivants, à la page 256:

a La question qui doit être tranchée est donc de savoir si le Règlement refuse aux demandeurs la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte. Ils prétendent que cette liberté doit être interprétée comme incluant «la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce», sous une forme orale ou écrite, sous forme de photographie ou de tout autre moyen de communication. Bien que le FIDA soit incontestablement un protestataire redoutable, le point essentiel de l'affaire ne porte pas sur le droit de protestation en soi. Selon la preuve des demandeurs, ces derniers n'ont jamais gêné délibérément les chasseurs de phoques. Leur objectif avoué est l'accès à l'information plutôt que les altercations et la confrontation.

d La conclusion selon laquelle la liberté d'expression des appelants incluait le droit d'obtenir de l'information n'est pas en cause en appel. Elle est admise par les intimés.

L'affidavit de M. A. Alan Borovoy, déposé à l'appui de la demande d'intervention, énonce ce qui suit:

e [TRADUCTION] 18. Si elle obtient permission d'intervenir, l'Association compte affirmer que la liberté d'expression garantie à l'alinéa 2b) de la Charte comprend le droit de manifester en vue d'exercer une pression sociale et d'attirer la réprobation publique contre ceux qui participent à des activités considérées comme répréhensibles par ceux qui désirent manifester. En outre, l'Association compte déclarer que le Règlement lui refuse l'exercice de ce droit d'une manière qui ne peut être justifiée en vertu de l'article 1. Ce refus, soutiendra-t-elle, n'est pas atténué en l'espèce par le fait que les appelants disposent d'autres moyens de persuasion. Le moyen défendu par le Règlement est celui qui aurait vraisemblablement le plus d'effet sur les chasseurs de phoques. Tous les autres moyens de persuasion sont exercés loin des chasseurs de phoques et n'ont donc pas le même effet que des manifestations directes.

h Il ne s'agit pas d'un point soulevé par les appelants en première instance ou dans leur mémoire en appel. Tout ce que l'on pourrait affirmer, c'est que le juge de première instance a bel et bien déclaré, à la page 263, en ce qui concerne la justification prévue à l'article 1, que «la banquise n'était guère un endroit indiqué pour faire des protestations» et ce, après avoir conclu ce qui suit:

i Il y a une distinction très subtile entre le fait de chercher de l'information afin de mener une campagne efficace de protestation contre une activité commerciale légale et le fait de protester contre cette activité sur les lieux mêmes où elle se déroule.

j Les appelants se proposent aussi de déclarer que le Règlement n'est pas suffisamment précis pour justifier la restriction d'un droit garanti par la Charte. Vu leur mémoire, je déduis que les appe-

may advance that proposition. The applicant did not, however, urge its proposed intervention for that purpose.

It is the inclusion of the right to demonstrate in Charter guaranteed freedom of expression that the applicant wishes to establish. That is a matter not raised at trial and not proposed to be raised on an appeal by the parties. Indeed, it is something which the appellants expressly testified that they had not sought to do.

I rather incline to the view, expressed by Anderson J.A. in *Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (B.C.C.A.), at page 204, that

... it is important in dealing with Charter issues raised for the first time, that the courts have the assistance of argument from all segments of the community. The courts should not resist but should welcome such assistance.

In *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 112 D.L.R. (3d) 132 (Ont. C.A.), at page 141, Thorson J.A., hypothesized an application to intervene by a similarly situated applicant, having no legal rights or obligations at stake:

... one can envisage an applicant with no interest in the outcome of an appeal in any such direct sense but with an interest, because of the particular concerns which the applicant has or represents, such that the applicant is in an especially advantageous and perhaps even unique position to illuminate some aspect or facet of the appeal which ought to be considered by the Court in reaching its decision but which, but for the applicant's intervention, might not receive any attention or prominence, given the quite different interests of the immediate parties to the appeal.

Accepting that the applicant meets those criteria, I do think that the matter sought to be dealt with by an intervenor on appeal must at least have been put in issue at trial. Unless that has been done, it is not an issue which ought to be considered by an appeal court over the objection of a party, if for no other reason than that the party has not had a fair opportunity to direct its mind to the issue and to lead pertinent evidence.

I would dismiss this application.

HEALD J.: I agree.

URIE J.: I agree.

lants peuvent soutenir une telle affirmation. La requérante, cependant, n'a pas présenté sa demande d'intervention dans ce but.

C'est l'inclusion du droit de manifester dans le cadre de la liberté d'expression garantie par la Charte que la requérante désire établir. Cette question n'a pas été soulevée en première instance, et elle ne devait pas l'être en appel. En fait, les appelants ont expressément témoigné qu'ils n'avaient pas eu l'intention de soulever cette question.

Je suis plutôt enclin à souscrire à l'opinion du juge d'appel Anderson dans l'affaire *Re Canadian Labour Congress and Bhindi et al.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 193 (C.A.C.-B.), à la page 204 selon laquelle

[TRADUCTION] ... il importe, dans le cas de questions contestées en vertu de la Charte pour la première fois, que les tribunaux entendent les opinions de tous les secteurs de la population. Les tribunaux ne devraient pas décourager mais bien encourager une telle participation.

Dans l'affaire *Re Schofield and Minister of Consumer and Commercial Relations* (1980), 112 D.L.R. (3d) 132 (C.A. Ont.) à la page 141, le juge d'appel Thorson a envisagé l'hypothèse d'une demande d'intervention par un requérant placé dans la même situation, dont aucun droit ni aucune obligation ne sont en jeu:

[TRADUCTION] ... on pourrait envisager un requérant n'ayant aucun intérêt direct dans l'issue de l'appel mais qui, en raison des questions particulières qu'il soulève, a un intérêt tel qu'il se trouve dans une situation particulièrement avantageuse et peut-être même unique en son genre pour éclaircir un élément donné de l'appel que la Cour devrait examiner mais qui, n'était-ce l'intervention du requérant, ne ressortirait peut-être pas, vu les intérêts tout à fait divergents des parties immédiates à l'appel.

En admettant que la requérante réponde à ces critères, je suis convaincu que la question que cherche à faire trancher un intervenant à l'appel devrait au moins avoir été soulevée en première instance. À défaut de cela, il ne s'agit pas d'un point litigieux qui devrait être retenu par une cour d'appel, malgré l'opposition d'une partie, ne serait-ce que parce que la partie n'a pas eu une occasion équitable de se pencher sur la question et de soumettre une preuve pertinente.

Je rejette cette demande.

LE JUGE HEALD: J'y souscris.

LE JUGE URIE: J'y souscris.