

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

96-17-CA

TRACY LYNN MASON

APPELLANT

- and -

IRENE MASON and THE CORPORATION OF
THE ANGLICAN PARISH OF SUSSEX

RESPONDENTS

Mason v. Mason et al., 2018 NBCA 20

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
July 17, 2017

History of case:

Decision under appeal:
2017 NBQB 132, [2017] N.B.J. No. 186

Appeal heard:
January 16, 2018

Judgment rendered:
April 19, 2018

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Concurred by:
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Counsel at hearing:

For the appellant:
David J. Shore

TRACY LYNN MASON

APPELANTE

- et -

IRENE MASON et THE CORPORATION OF
THE ANGLICAN PARISH OF SUSSEX

INTIMÉES

Mason c. Mason et autre, 2018 NBCA 20

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appel d'une décisions de la Cour du Banc de la
Reine :
le 17 juillet 2017

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2017 NBBR 132, [2017] A.N.-B. n° 186

Appel entendu :
le 16 janvier 2018

Jugement rendu :
le 19 avril 2018

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
David J. Shore

For the respondent, Irene Mason:
Matthew Robert Letson

For the respondent, The Corporation of the
Anglican Parish of Sussex:
No one appeared

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$2,500
payable to Irene Mason.

Pour l'intimée Irene Mason :
Matthew Robert Letson

Pour l'intimée The Corporation of the Anglican
Parish of Sussex :
Aucune comparution

LA COUR

Rejette l'appel et condamne l'appelante à des
dépens de 2 500 \$ payables à Irene Mason.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] Disputes over the final resting place of a deceased person necessitating judicial resolution are exceedingly rare. In provinces that have not legislated otherwise, the common law obliges either the executor, the administrator, the surviving spouse, the parents or the next of kin, in that order, as the case may be, to properly dispose of the remains of a deceased person. To that end, a right of custody and possession is recognized until the obligation has been fulfilled.

[2] In New Brunswick, if the obligation to properly dispose of human remains has been fulfilled by burial, there is then no right to later disinter the remains. Section 15 of the *Cemetery Companies Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-1, prohibits the reopening of the grave without the written consent of a Medical Health Officer or an order of a judge of the Court of Queen's Bench, unless the reopening is by the Crown for the purpose of a legal inquiry.

[3] In the present case, the surviving spouse of a deceased person, who had initially agreed to a location for the burial of her husband's remains, unsuccessfully applied to the Court of Queen's Bench for an order allowing her to disinter the remains for relocation to another cemetery. The issues now raised on appeal concern the nature of the judicial power in determining an application of this type and whether the judge erred in his exercise of that power.

[4] For the reasons set out below, I conclude the powers conferred by s. 15 of the *Cemetery Companies Act* are discretionary in nature. A judge to whom an application is made under that section is required to consider and weigh all the circumstances and make the order he or she considers appropriate. As with all decisions involving the

exercise of discretion, appellate intervention will only be justified if the decision is the product of an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence, or if the decision is unreasonable. In my view, the application judge in the present case correctly identified the nature of his power and reached a reasonable decision that is not tainted by one of these types of errors.

II. Factual background

[5] David Mason was only 53 years old when he passed away on June 11, 2016, in Port St. Lucie, Florida. He was the son of Irene Mason, who currently lives in Moores Mills, New Brunswick, and the late Robert Mason. Approximately 13 months before he passed away, David Mason married Tracy Lynn Mason of Port St. Lucie, Florida.

[6] After David's passing, his remains were returned to New Brunswick for a funeral service. It was conducted on June 20, 2016, in St. Stephen. David's ashes were then interred next to his late father at the Trinity Anglican Cemetery in Sussex Corner, New Brunswick, in a family plot owned by David's mother. The operation of the Trinity Anglican Cemetery is overseen by the Corporation of the Anglican Parish of Sussex.

[7] In the immediate aftermath of David's passing, the relationship between his spouse and his New Brunswick family appears to have been quite harmonious. Tracy Lynn Mason willingly agreed to the family's requests regarding the return of David's remains, the funeral service and the burial.

[8] However, at some later date, Tracy Lynn Mason had a change of heart regarding her husband's final resting place because she came to believe her late husband had not had a good relationship with his late father. As a result, she no longer wanted David's remains buried next to those of his father. Tracy Lynn Mason purchased a plot in Cedar Hill Cemetery in Saint John, New Brunswick, and asked a funeral home to make

arrangements to move David's remains. When the Corporation of the Anglican Parish of Sussex was approached, it refused to facilitate the disinterment of the remains without the consent of Irene Mason, the owner of the plot. Irene Mason refused to consent.

[9] Faced with the refusal, Tracy Lynn Mason retained the services of a lawyer who, after failed negotiations, advised Ms. Mason to apply to the Probate Court for Letters of Administration of David's estate. Ms. Mason proceeded with the application. She did so for the sole purpose of a gaining legal status she understood might give her the right to move David's remains to a place of her choosing. Her application was unopposed, and Letters of Administration were issued on November 16, 2016.

[10] A few days later, Tracy Lynn Mason's counsel again sought the consent of the Corporation of the Anglican Parish of Sussex to disinter David's remains. The Parish replied it neither consented nor opposed the request. For her part, Irene Mason did not consent. Tracy Lynn Mason therefore turned to the court. On April 6, 2017, Ms. Mason filed a Notice of Application seeking an order giving her sole custody over the remains of her late husband and allowing her to enter onto the burial plot where these were buried, disinter the remains and move them to a plot of her choosing.

[11] Irene Mason opposed the application. She deposed there had been no coercion to have her son's remains buried next to his father and that, at the time of burial, Tracy Lynn Mason had no "problem with where David was going to be laid to rest". Affidavits filed in support of Irene Mason's position squarely contradicted the allegations David did not have a good relationship with his father.

[12] In a decision delivered July 17, 2017, the application judge refused Tracy Lynn Mason the relief sought. The judge's decision is reported at 2017 NBQB 132, [2017] N.B.J. No. 186 (QL).

[13] In his reasons for decision, the application judge noted the absence of a legislative regime in New Brunswick to govern the disposition of a deceased's remains. He therefore turned to the common law, stating as follows:

[...] At common law, the following principles are of application:

- a) the law does not recognize any property in a dead body;
- b) the executors/administrators/next of kin of a deceased person have a right to custody and possession of the body until it has been properly buried or otherwise disposed of; and
- c) the right to custody and possession of the body is limited to the carrying out of those actions for which it was granted; namely ensuring the body is properly dispositioned.

See: *Williams v. Williams*, [1882] 20 ChD 659 and *Waldman v. Melville* (1990), 65 D.L.R. (4th) 154. [para. 9]

[14] The application judge concluded David's remains had been properly interred in the Trinity Anglican Cemetery in a manner and at a location acceptable at the time to both his wife and his New Brunswick family.

[15] The judge noted since David did not have a will, an executor had not been named, and, at the time of David's burial, no one had been appointed administrator of his estate. It was only after Tracy Lynn Mason changed her mind regarding David's final resting place that she applied to be appointed administrator.

[16] At the hearing of the application, Tracy Lynn Mason had argued she, either as administrator or as David's surviving spouse, should have ongoing status to determine where his remains would be laid to rest. She claimed the law vests residual rights to disinter remains along a hierarchy, beginning with an executor or administrator, and claimed jurisprudential support for her position.

[17] The application judge acknowledged the cases Ms. Mason put forward but noted they “come largely from other provinces which have statutory regimes and/or administrative policies governing the burial and/or disinterment of deceased persons” (para. 11). He then addressed *Melville* and *Williams*:

[18] Regarding *Melville*, he stated as follows:

[...] The *Melville* decision involved an application by a deceased’s sister to disinter the remains of the deceased. The Application was opposed by the operator of the cemetery and the deceased’s executor. The Court dismissed the application. In rendering its decision, the Court noted as follows: “The rights of the executor continue after the burial of the body, otherwise it would be an empty right ... and those who oppose the executor could disinter the body as soon as it was buried.”

This statement is consistent with the principles of law set out in paragraph 9 -- the duty to ensure the body of a deceased is properly disposed of must, of necessity, come with an entitlement to ensure those burial arrangements are respected. However, that is far different than arguing that a grant of Letters of Administration some five months after a burial affords an administrator an entitlement to disinter a deceased’s remains and disrupt burial arrangements that they consented to, in their capacity as surviving spouse, at that time. [paras. 11-12]

[19] As for *Williams*, the judge indicated it stands as authority for the proposition that “a deceased cannot by will or otherwise direct the disposition of their own body” (para. 15). The judge added that, in any event, “there was no substantive evidence on the Record that David would not have wished to have his [remains] interred with his mother and father in their burial plot” (para. 15).

[20] The application judge concluded he had the jurisdiction to determine whether the remains of a deceased person should be disinterred. He found this power in s. 15 of the *Cemetery Companies Act*, which expressly provides no person can reopen a grave in a cemetery without the written consent of a Medical Health Officer or an order of

a judge of the Court of Queen's Bench, unless it is the Crown who orders removal for the purpose of a legal inquiry.

[21] Expressing the view that extreme caution be taken in making these types of orders, the judge stated any such order should only be issued "in the face of clear, cogent and compelling reasons" (para. 16). Turning to the specific facts of the case, the judge held the reasons put forth to disinter David's remains did not meet this test. He pointed out: "David's remains were appropriately interred in a family plot in the Cemetery following a three day celebration of his life, and his memory memorialized by the ordering of a monument for that site, on a basis acceptable to all next of kin". In the judge's view, there were insufficient reasons to "disrupt the sense of finality inherent in the completion of this funeral process" (para. 17). As a result, the judge dismissed the application; however, he did not make any order of costs.

III. Issues on appeal

[22] Tracy Lynn Mason appeals the application judge's decision. She seeks the reversal of the decision and an order granting the relief sought in her application to the Court of Queen's Bench. In her written submission, she recasts her grounds of appeal as follows:

1. The Application Judge applied the wrong legal test to determine whether to grant an Order permitting a deceased person's remains to be disinterred; and
2. The Application Judge erred in law, or mixed fact and law, by considering irrelevant facts and/or drawing and relying on irrelevant inferences; namely:
 - i. by considering the evidentiary record as to whether the deceased would have wanted to be buried with his father;
 - ii. by considering the length of the Appellant's marriage to the deceased; and

iii. by placing undue weight on the fact that the Appellant initially consented to interring the deceased's remains in the Trinity Anglican Cemetery, without also considering her sworn evidence that she was not properly consulted and was grieving at the time.

IV. Analysis

[23] No one has argued the application judge did not have jurisdiction to make the order sought, and no one has argued this case did not fall to be determined on application of s. 15 of the *Cemetery Companies Act*.

[24] Clearly, the first ground of appeal raises a question of law, the resolution of which might inform the nature of the second ground as either an alleged error of law or mixed law and fact. If the application judge applied the wrong test, it may follow he relied on irrelevant considerations as alleged in the second ground of appeal. If so, he would have committed an error in law by giving weight to irrelevant factors. On the other hand, if the judge applied the correct test from the outset, then the nature of the question raised by the second ground of appeal is one of mixed law and fact and would be subjected to a different standard of review.

A. *Is the decision the product of an error of law?*

[25] Tracy Lynn Mason alleges the application judge applied the wrong legal test in determining her application to disinter David's remains. Ms. Mason submits this is a novel case for New Brunswick. She acknowledges there neither statutory nor binding jurisprudential guidance for a situation such as the present one. She urges us to adopt a test giving priority to survivors along a certain hierarchy in deciding whether to allow disinterment of human remains. She argues the decision should first rest with the executor or administrator of an estate. If there is no executor or administrator, then the power would go to the surviving spouse. According to Ms. Mason, the application judge erred in holding the relocation of human remains should be determined on the "basis of

reasonableness” and that “[c]ourts should be extremely cautious in making these types of orders and should only do so in the face of clear, cogent and compelling reasons” (para. 16).

[26] Tracy Lynn Mason invites us to look to other Canadian jurisdictions, such as British Columbia, Alberta and Saskatchewan, all of which have enacted legislation establishing priority among potentially responsible individuals to dispose of a deceased person’s remains. In those provinces, priority is given first to the deceased’s executor or administrator, in the absence of which the surviving spouse can decide.

[27] Tracy Lynn Mason acknowledges that at common law there is no property in a dead body. She claims courts have long recognized a limited right and obligation of the executor of an estate to dispose of a deceased’s remains in a dignified fashion and adds that such an obligation entails the right of possession as against family members of the deceased. She cites cases she claims support her contention that the right of either the executor or the administrator, as the case may be, extends beyond the burial and includes the right to disinter the remains. I will address these cases below.

[28] As for Irene Mason, she submits there is no authority for the proposition that the common law establishes a priority or ranking system that gives the executor or administrator priority over anyone else to control the resting place of a deceased’s remains after burial.

[29] With respect, the common law does not establish a priority or ranking system empowering any particular individual to disinter human remains once the obligation to properly dispose of these has been fulfilled. Rather, the common law, like s. 15 of the *Cemetery Companies Act*, recognizes a broad judicial discretion to consider all the circumstances and determine whether there are compelling reasons to allow human remains to be disinterred in accordance with the wishes of a particular person or group of persons.

[30] The common law principles identified in the application judge’s decision and reproduced in para. 13 above are not contested in this case. The parties agree *Williams* stands for the following propositions: (1) “there can be no property in the dead body of a human being” (pp. 662-663); (2) a person “cannot by will dispose of his dead body” (p. 665); and (3) after the death of a person, his or her “executors have a right to the custody and possession of [the] body (although they have no property in it) until it is properly buried” (p. 665).

[31] *Widdifield on Executors and Trustees*, 6th ed. by Carmen S. Thériault (Scarborough, Ont.: Carswell, 2002) (looseleaf updated 2017, release 11) at p. 1-1 recognizes these common law principles, although it cautions that, in some provinces, legislation has overridden some of them. Such is not the case in New Brunswick.

[32] The common law establishes a number of other principles, which I summarize as follows:

- If an executor is named, the executor has the obligation to properly dispose of the remains; if no executor is named but an administrator is appointed, the administrator bears the obligation; and, if there is neither executor nor administrator, the duty is incumbent upon the following in order: the spouse of the deceased, a parent of the deceased or “on any householder on whose premises the body lies”: *Hunter v. Hunter*, [1930] 4 D.L.R. 255 (Ont. S.C.); and *Saleh v. Reichert*, [1993] O.J. No. 1394 (Ont. Gen. Div.) (QL) , at paras. 8-13;
- The law speaks of an obligation, not a right. “The fundamental obligation is that the body be appropriately dealt with – that is disposed of in a dignified fashion”: *Abeziz v. Harris Estate*, [1992] O.J. No. 1271 (Ont. Gen. Div.) (QL), per Farley J.), followed in *Saleh*, at para. 18. Stated otherwise, the obligation is to dispose of “the deceased in a manner

suitable to the estate he [or she] leaves behind”: *Williams*, at page 664, followed in *Hunter*, at p. 265;

- The principle that one “cannot by will dispose of his dead body”, does not prevent the person “on whom the duty falls to dispose of the remains, from carrying out the deceased’s lawful wishes concerning the disposal of his or her body”: *Saleh*, at para. 27, referring to *Abeziz*;
- In the case of a dispute over funeral arrangements and the disposal of human remains, a court should defer to the person who is lawfully entitled to make the decision, i.e. the executor, the administrator or the spouse, as the case may be: *Mouaga v. Mouaga*, [2003] O.J. No. 2030 (Ont. S.C.)(QL).

[33] For the sake of completeness, some additional principles come from jurisdictions where legislation provides a scheme to deal with matters of interment and disinterment. Among these are the following:

- “Where the Legislature has designated an official to whom applications to disinter bodies should be made, the court cannot arrogate that jurisdiction to itself. The court’s only role [...] is to judicially review the decision [of the decision maker]”: *Polak (Guardian ad litem of) v. Muccilli*, [1993] A.J. No. 357 (Alb. Surrogate Ct)(QL);
- When it comes to disinterment, legislation can supercede the hierarchy established for interment rights at common law. Such was the case in *McSheffrey Estate v. McRae*, [1999] O.J. No. 5853 (S.C.J.)(QL), in which legislation prohibited disinterment without the prior consent of the interment rights holder, who was essentially defined as the owner of the lot where the remains were buried.

[34] In some legislated schemes, certain individuals following a hierarchical order are given priority to control the disposition of human remains, but the regime nevertheless allows a person claiming an interest to apply to the court for an order to allow or restrain disinterment, and it sets out the criteria the court must apply. Such was the situation described in *Popp Estate (Re)*, [2001] B.C.J. No. 203 (S.C.)(QL). However, New Brunswick does not have any similar legislation.

[35] A few other cases are worthy of mention: *Johnston v. Alberta (Director of Vital Statistics)*, [2008] A.J. No. 523 (C.A.)(QL), leave to appeal refused [2008] S.C.C.A. No. 313 (QL); *Catto v. McKay*, [2016] O.J. No. 2956 (S.C.)(QL); and *Waldman v. Melville (City)*, [1990] S.J. No. 13 (Q.B.)(QL).

[36] In *Johnston*, the Director of Vital Statistics had issued a permit to allow disinterment of the remains of an RCMP officer killed in the line of duty who had been buried in Alberta. His widow had later become aware she was entitled to have the remains buried at the RCMP cemetery near Regina, Saskatchewan, so she applied for a permit. According to the Alberta *Cemeteries Act*, R.S.A. 2000, c. C-3, the director had full discretion to issue or refuse permit. The deceased's mother objected to the disinterment two months after the Director had made her decision but before disinterment had taken place. The Director did not rescind the permit. The mother's application for judicial review was dismissed, as was her subsequent appeal. In determining the appeal, the Alberta Court of Appeal referred to the priority under the common law given to a spouse over a parent to dispose of remains. However, the decision does not stand for the proposition that similar priority exists in cases of disinterment. The priority at common law to dispose of remains is only mentioned in the context of having to give notice of the application for a permit to disinter. That portion of the decision simply establishes that anyone applying for disinterment must give notice to anyone who would have had equal or greater priority at common law to dispose of the remains.

[37] The main issues in *Catto* concerned who should be named administrator of the deceased's estate and whether the court should order the deceased's ashes exhumed and half given to his mother for burial in the family plot in Quebec. The deceased had died intestate in Ontario where he resided with his wife. After his death, funeral arrangements were made in his native province. However, before the ashes were buried in the family plot, the deceased's wife decided to bring them back with her to Ontario where they were interred. Upon learning this, the deceased's mother applied to the Ontario Superior Court for an order allowing her to: (1) disinter the remains; and (2) remove half the ashes for burial in the family plot in Quebec. Smith J. decided the deceased's wife should be appointed administrator of the estate and that, as administrator, she "had the right to decide on the location and manner of the burial of [the deceased's] ashes" (para. 43). In effect, the judge in that case essentially applied the principle in *Mouaga* and deferred to the administrator's decision.

[38] *Catto* arguably stands for the proposition that the person with the obligation to properly dispose of human remains is vested with the right to oppose, after burial, anyone who wants to interfere with how the obligation has been discharged. Certainly, *Melville* stands for that very proposition. In that Saskatchewan case, the sister of a deceased person applied for an order to disinter her brother's corpse so he could be cremated in accordance with his wishes and buried in a religious cemetery. The deceased had named his common-law spouse as his executrix and she had chosen to bury him in the Melville cemetery. In Saskatchewan, a regulation allowed the Minister of Public Health to issue a disinterment permit for the purpose of reburial of a body "or for any other laudable purpose" (para. 10). MacLeod J. accepted that the purpose for which the sister sought disinterment was laudable in the broad sense of the term, but held the regulation had to be read in "a public health context" in accordance with the enabling legislation. The judge concluded the executor had the right to deal with the corpse of the deceased and pointed to *Williams* as authority for that proposition. Recall that *Williams* stated that "after the death of a man, his executors have a right to the custody and possession of his body (although they have no property in it) until it is properly buried" (p. 665) (emphasis added). MacLeod J. concluded as follows:

The right of the executor continues after burial of the body, otherwise it would be an empty right and (subject to the regulations) those who oppose the executor could disinter the body as soon as it was buried.

The executor's right may be reduced or eliminated by provincial legislation, but the legislation must unambiguously show that to be its intention. [paras. 17-18]

[39] The principle derived from *Melville*, *Catto* and *Mouaga* is that the decision of an executor, an administrator or a surviving spouse, as the case may be, properly taken in discharge of the obligation to dispose of human remains, will prevail in the face of an attempt to disinter unless legislation provides otherwise. In my view, those cases do not stand for the proposition that, once the obligation is discharged, there exists control in perpetuity enabling disinterment of the remains. Were this the common law position, it would beg questions such as those posed by the trial judge:

- i. Could an executor/administrator/surviving spouse disinter human remains 5, 10 or 20 years following burial?
- ii. Is there any limitation period beyond which the family of a deceased person can feel secure the remains of the deceased will not be potentially subject to disinterment?
- iii. Could human remains be subject to multiple relocations? [para. 13]

[40] These questions do not arise in a regime where, once the obligation to properly dispose of one's remains has been discharged, disinterment of the remains will only be allowed for compelling reasons. In my view, this is the regime recognized at common law.

[41] In the present case, there was at the relevant time neither executor nor administrator on whom the obligation rested to properly dispose of David's body. The obligation therefore rested with his spouse. Tracy Lynn Mason discharged her obligation by agreeing with David's New Brunswick family that he should be buried at the Trinity

Anglican Cemetery. Once the obligation was discharged, the grave could only be reopened in accordance with the *Cemetery Companies Act*.

[42] The *Act* does not oblige a judge to grant an order because of the status of the applicant. Therefore, Tracy Lynn Mason's status as administrator at the time she filed the application is of no moment. The *Act* also does not list criteria the meeting of which would oblige a judge to issue the order sought. The judicial power conferred by the *Act* is therefore discretionary in nature. The following statement in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, per Drapeau C.J.N.B. for the Court, is apposite:

In our view, nothing in Rule 33.07(1), or any other rule for that matter, compelled the result argued for by the Foundation. The impugned Order is quintessentially the product of an exercise of judicial discretion. Like any other discretionary judicial decision, it may be interfered with on appeal only if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanogan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71 at para. 43) or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it (see The Honourable R.P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber Limited, 1994) at pp. 36-37 and *Secretary of State for Education and Science v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (H.L.) Lord Diplock at p. 1064). [para. 4]

[43] Replace the words "in Rule 33.07(1)" by "s. 15 of the *Cemetery Companies Act*" and "the Foundation" by "Tracy Mason", and this paragraph fully applies to the present case. Nothing in the *Act*, or in any other principle of law for that matter, compelled the result argued for by Tracy Lynn Mason, making the impugned decision one requiring the exercise of judicial discretion.

[44] Considering an appeal through the prism of the standard of review identified in the *Beaverbrook* case, only a negative answer to one of three questions would justify appellate intervention: (1) did the judge apply the proper legal principles; (2) is the decision founded upon a palpable and overriding error in the assessment of the evidence; and (3) is the decision unreasonable, in the sense that nothing on the record can justify it?

[45] I have already answered the first: there was no common law principle that obliged the application judge to reach a particular conclusion based on the status of administrator the applicant obtained after the obligation to properly dispose of David's body had been discharged. Section 15 of the *Cemetery Companies Act* obliged the judge to consider all the circumstances and make the decision he considered appropriate. The judge did so and concluded "David [had] received a proper funeral and interment in June 2016" and he saw "no basis upon which to disrupt the sense of finality inherent in the completion of this funeral process" (para. 17). His decision is not founded on an error of law.

B. *Is the decision founded on a palpable and overriding error of fact or mixed law and fact?*

[46] In my view, no palpable error of fact has been demonstrated, much less an overriding one. Tracy Lynn Mason claims there were three such errors: (1) the application judge acknowledged the matter did not fall to be determined on the deceased's wishes, yet the judge held the evidence on the record was insufficient to establish that David would not have wanted to be buried with his father; (2) the judge improperly considered the length of her marriage with David; and (3) the judge placed improper weight on the consent she had given regarding the initial burial arrangements.

[47] With respect, there is nothing incongruent between the judge's acknowledgment of the non-binding effect of the wishes a person expressed before death and consideration of those wishes as one of the factors in making a decision under s. 15

of the *Act*. In the first proposition, the judge simply stated the law: “a deceased cannot by will or otherwise direct the disposition of their own body” (para. 15). This principle does not preclude a judge from considering all the circumstances when exercising discretionary power under the *Act*, including any wishes the deceased might have expressed. The judge’s finding there was no substantive evidence on the Record that David would not have wished to have his remains interred with this mother and father in their burial plot is expressive of the little weight the judge gave to this factor in the circumstances of this case.

[48] As for Ms. Mason’s allegations the judge improperly considered the length of her marriage with David, it was a fact they were only married for 13 months. It was but one of the many considerations in the circumstances.

[49] As for Tracy Lynn Mason’s submission the judge placed improper weight on her initial agreement regarding the burial place, the application judge did nothing more than recite these facts, indicating they were part of the factual matrix that led to his exercise of discretion.

[50] With respect, what Tracy Lynn Mason is really contesting is the application judge’s conclusion after weighing the evidence, which is simply an invitation for us to re-weigh the evidence and come to a different conclusion. Clearly, that is not our role. It was up to the judge to consider and weigh all the circumstances and determine whether disinterment should be allowed. No palpable and overriding error in the judge’s assessment of the evidence has been demonstrated.

C. *Is the decision unreasonable?*

[51] As to the decision’s reasonableness, the application judge had before him facts that weighed in favour of allowing the application as well as facts that weighed against it. It was up to the judge to weigh these various factors and make a determination. He did so and decided as he did. The judge obviously placed more weight on the factors

favouring a sense of finality to the funeral process. This was certainly an option that finds justification in the record. The decision is therefore not unreasonable.

V. Disposition

[52] For these reasons, I would dismiss the appeal. I would order Tracy Lynn Mason to pay costs to Irene Mason in the amount of \$2,500.

J.C. MARC RICHARD, J.A.

WE CONCUR:

BRADLEY V. GREEN, J.A.

RAYMOND T. FRENCH, J.A.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Il est extrêmement rare qu'un différend portant sur le lieu de sépulture d'un défunt nécessite une résolution judiciaire. Dans les provinces n'ayant pas adopté de dispositions législatives contraires, la common law oblige, selon le cas, l'exécuteur, l'administrateur, l'époux survivant, les parents ou le plus proche parent, dans cet ordre, à disposer des restes humains de façon appropriée. Un droit de garde et de possession est reconnu, à cette fin, jusqu'à ce que l'obligation soit remplie.

[2] Au Nouveau-Brunswick, si l'obligation de disposer de restes humains de façon appropriée est remplie par inhumation, il n'existe pas de droit d'exhumer les restes. L'article 15 de la *Loi sur les compagnies de cimetières*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-1, interdit d'ouvrir à nouveau une tombe sans le consentement écrit d'un médecin-hygiéniste ou sans une ordonnance d'un juge de la Cour du Banc de la Reine, à moins que la nouvelle ouverture ne soit demandée par la Couronne à des fins d'enquête légale.

[3] En l'espèce, l'épouse survivante, qui avait d'abord donné son assentiment au lieu où devaient être inhumés les restes de son époux, a ensuite sollicité de la Cour du Banc de la Reine une ordonnance autorisant leur exhumation en vue d'un transfert dans un autre cimetière, mais sa requête a été rejetée. Les questions soulevées en appel sont celles de la nature du pouvoir judiciaire exercé pour statuer sur une requête de cet ordre, et de savoir si le juge a fait erreur dans l'exercice de ce pouvoir.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que les pouvoirs conférés par l'art. 15 de la *Loi sur les compagnies de cimetières* sont de nature discrétionnaire. Le juge saisi d'une requête fondée sur cet article est tenu d'examiner et d'apprécier l'ensemble des circonstances, et de prononcer l'ordonnance qu'il estime appropriée. Comme chaque

fois qu'une décision comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, son infirmation en appel ne sera justifiée que si elle est le produit d'une erreur de droit, d'une erreur dans l'application des principes directeurs, d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve, ou si elle est déraisonnable. À mon sens, le juge saisi de la requête a caractérisé correctement la nature de son pouvoir et il est arrivé à une décision raisonnable qui n'est entachée par aucune de ces erreurs.

II. Faits

[5] David Mason n'était âgé que de cinquante-trois ans lorsqu'il est décédé, le 11 juin 2016, à Port St. Lucie, en Floride. Il était le fils d'Irene Mason, aujourd'hui domiciliée à Moores Mills, au Nouveau-Brunswick, et de feu Robert Mason. Treize mois environ avant son décès, il avait épousé Tracy Lynn Mason, de Port St. Lucie.

[6] Les restes de David Mason ont été transportés au Nouveau-Brunswick en vue d'un service funèbre. Le service a eu lieu le 20 juin 2016 à St. Stephen. Ses cendres ont ensuite été inhumées aux côtés des restes de son père, dans un lot familial appartenant à la mère de David Mason, au Trinity Anglican Cemetery, à Sussex Corner, au Nouveau-Brunswick. L'exploitation du cimetière relève de la Corporation of the Anglican Parish of Sussex.

[7] Il semble que, au cours de la période ayant immédiatement suivi le décès de David Mason, son épouse ait entretenu des rapports tout à fait harmonieux avec la famille qu'il avait au Nouveau-Brunswick. Tracy Lynn Mason a acquiescé de bon gré aux demandes de la famille pour ce qui est du transport des restes de M. Mason, du service funèbre et de l'inhumation.

[8] Quelque temps après, cependant, les sentiments de Tracy Lynn Mason sur le lieu de sépulture de son époux ont changé, parce qu'elle en était venue à croire que son défunt époux n'avait pas eu de bons rapports avec son père. Elle ne voulait donc plus d'une inhumation des restes de David aux côtés de ceux de son père. Elle a fait

l'acquisition d'un lot au cimetière Cedar Hill, à Saint John, au Nouveau-Brunswick, et demandé à une entreprise funéraire de voir au déplacement des restes de David Mason. Des démarches auprès de la Corporation of the Anglican Parish of Sussex se sont heurtées à un refus de faciliter l'exhumation des restes sans le consentement d'Irene Mason, propriétaire du lot. Irene Mason a refusé d'y consentir.

[9] Devant ce refus, Tracy Lynn Mason a retenu les services d'un avocat qui, après l'échec de négociations, lui a conseillé de demander à la Cour des successions des lettres d'administration de la succession de son époux. M^{me} Mason en a fait la demande. Elle agissait dans l'unique but de prendre qualité qui pourrait, avait-elle cru comprendre, lui donner le droit de faire transférer les restes de David Mason dans un endroit de son choix. Sa demande n'a pas été contestée et des lettres d'administration ont été décernées le 16 novembre 2016.

[10] Quelques jours plus tard, l'avocat de M^{me} Mason a sollicité une fois encore de la Corporation of the Anglican Parish of Sussex son consentement à l'exhumation des restes de David Mason. Elle a répondu qu'elle ne consentait pas à l'exhumation, mais ne contestait pas non plus la demande. Irene Mason, elle, ne consentait pas à l'exhumation. Tracy Lynn Mason a donc eu recours aux tribunaux. Le 6 avril 2017, elle a déposé un avis de requête en vue d'obtenir une ordonnance lui accordant la garde exclusive des restes de son défunt époux et l'habilitant à pénétrer dans le lot du cimetière où ils étaient enterrés, à les faire exhumer et à les faire transférer dans un lot de son choix.

[11] Irene Mason a contesté la requête. Elle a témoigné qu'aucune contrainte n'avait été exercée pour que le fils repose au côté du père et que Tracy Lynn Mason, à l'époque de l'inhumation, ne s'était pas [TRADUCTION] « opposée au lieu où David devait être porté en terre ». Des affidavits déposés à l'appui des prétentions d'Irene Mason contredisaient que David Mason et son père n'avaient pas eu de bons rapports.

[12] Par une décision prononcée le 17 juillet 2017, le juge saisi de la requête a refusé à Tracy Lynn Mason les mesures réparatoires qu'elle demandait. La décision du juge est publiée à 2017 NBBR 132, [2017] A.N.-B. n° 186 (QL).

[13] Dans ses motifs, le juge saisi de la requête a constaté l'absence de régime législatif, au Nouveau-Brunswick, en matière de disposition des restes d'un défunt. Il s'est donc tourné vers la common law :

[TRADUCTION]

[...] En common law, les principes suivants s'appliquent :

- i. on ne reconnaît pas en droit de droit de propriété sur la dépouille d'un défunt;
- ii. les exécuteurs testamentaires, administrateurs successoraux et plus proches parents d'un défunt ont, à l'endroit de la dépouille, un droit de garde et de possession qui dure jusqu'à ce qu'elle ait été inhumée de façon appropriée ou qu'on en ait autrement disposé;
- iii. le droit de garde et de possession se restreint à l'exécution de ce pour quoi il a été octroyé, c'est-à-dire veiller à ce qu'on dispose de la dépouille de façon appropriée.

Voir *Williams c. Williams* (1882), 20 Ch.D. 659, et *Waldman c. Melville (City)* (1990), 65 D.L.R. (4th) 154. [par. 9]

[14] Le juge saisi de la requête a conclu que l'inhumation des restes de David Mason au Trinity Anglican Cemetery avait été appropriée, accomplie d'une manière et dans un lieu qui convenaient alors tant à son épouse qu'à la famille de M. Mason au Nouveau-Brunswick.

[15] Le juge a noté que, comme David Mason était décédé sans testament, aucun exécuteur n'avait été désigné, et que, le moment de l'inhumation venu, personne n'avait été nommé administrateur de la succession. Tracy Lynn Mason n'a demandé à être

nommée administratrice successorale qu'après avoir changé d'idée sur le lieu de sépulture de son défunt époux.

[16] Pendant l'audition de la requête, Tracy Lynn Mason avait soutenu que devait lui être reconnue, soit comme administratrice successorale, soit comme épouse survivante, qualité permanente pour décider du lieu où les restes de son défunt époux seraient inhumés. Elle avançait que le droit établit une hiérarchie de droits résiduels d'exhumation, dans laquelle un exécuteur ou un administrateur a premier rang, et affirmait que des précédents étayaient ses prétentions.

[17] Le juge saisi de la requête a pris acte de la jurisprudence que M^{me} Mason invoquait, mais il a noté qu'elle provenait [TRADUCTION] « essentiellement d'autres provinces qui sont dotées de régimes législatifs ou de politiques administratives régissant l'inhumation et l'exhumation des dépouilles » (par. 11). Il a ensuite abordé les jugements *Melville* et *Williams*.

[18] Il a écrit ce qui suit à propos de *Melville* :

[TRADUCTION]

[...] Dans l'affaire *Melville*, la sœur du défunt avait demandé qu'on en exhume les restes. L'exploitante du cimetière et l'exécutrice testamentaire du défunt ont contesté la demande. La Cour a rejeté la demande, en faisant remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] « Les droits de l'exécuteur testamentaire perdurent même après l'enterrement, sinon ils seraient sans substance [...] et les personnes s'opposant à l'exécuteur pourraient faire exhumer le corps dès qu'il a été inhumé ».

Cet énoncé est conforme aux principes de droit exposés au paragraphe 9 – l'obligation de veiller à ce que l'on dispose correctement de la dépouille s'accompagne, nécessairement, du droit de veiller au respect des dispositions relatives à l'inhumation. Cela n'autorise toutefois pas à prétendre que l'octroi de lettres d'administration cinq mois après l'enterrement confère à une administratrice successorale le droit d'exhumer les restes du défunt, et de renverser les

dispositions auxquelles elle avait consenti, au moment de l'inhumation, à titre d'épouse survivante. [par. 11 et 12]

[19] Quant à *Williams*, le juge saisi de la requête a indiqué que ce jugement établit [TRADUCTION] « qu'un défunt ne peut pas décider, par testament ou autrement, du mode de disposition de son propre corps » (par. 15). Il a ajouté que, de toute façon, [TRADUCTION] « il n'y avait au dossier aucune preuve de fond montrant que David n'aurait pas voulu être enterré auprès de sa mère et de son père dans le lot de ces derniers » (par. 15).

[20] Le juge saisi de la requête a conclu qu'il avait compétence pour déterminer si les restes d'un défunt doivent être exhumés. Ce pouvoir lui est apparu conféré par l'art. 15 de la *Loi sur les compagnies de cimetières*, qui prévoit expressément que nul ne peut ouvrir à nouveau une tombe sans le consentement écrit d'un médecin-hygiéniste ou sans une ordonnance d'un juge de la Cour du Banc de la Reine, à moins que ce ne soit la Couronne qui ordonne l'enlèvement du corps à des fins d'enquête légale.

[21] Après avoir indiqué qu'il fallait, à son avis, se montrer très prudent avant de rendre une ordonnance de ce genre, le juge a déclaré qu'elle ne devrait être prononcée que [TRADUCTION] « si des motifs clairs, convaincants et impérieux le justifient » (par. 16). Il s'est reporté aux faits de l'espèce et il a conclu que les motifs donnés pour exhumer les restes de David Mason ne répondaient pas à ce critère. Il a fait observer ce qui suit : [TRADUCTION] « [L]es restes de David ont été enterrés de façon appropriée dans un lot familial situé dans le Cimetière, à l'issue de trois jours où l'on a honoré la mémoire du défunt, et [...] celle-ci a été commémorée par la commande d'une pierre tombale destinée à ce lot, le tout d'une manière qui a convenu aux plus proches parents ». De l'avis du juge, les motifs avancés étaient insuffisants et ne justifiaient pas de [TRADUCTION] « porter atteinte au sentiment de finalité qu'a apporté l'achèvement de ce processus funéraire » (par. 17). En conséquence, il a rejeté la requête; il n'a toutefois condamné aucune des parties aux dépens.

III. Questions à trancher en appel

[22] Tracy Lynn Mason appelle de la décision du juge saisi de la requête. Elle demande que la décision soit infirmée et que soit rendue une ordonnance lui accordant les mesures réparatoires sollicitées de la Cour du Banc de la Reine. Ses moyens d'appel, reformulés dans son mémoire, sont les suivants :

[TRADUCTION]

1. Le juge saisi de la requête a appliqué le mauvais critère juridique pour déterminer s'il convenait d'accorder une ordonnance autorisant l'exhumation de restes humains.
2. Le juge saisi de la requête a commis des erreurs de droit, ou des erreurs mixtes de droit et de fait, en prenant en compte des faits non pertinents ou en tirant des inférences non pertinentes sur lesquelles il s'est fondé, soit :
 - i. en déterminant d'après le dossier de preuve si le défunt aurait voulu être inhumé avec son père;
 - ii. en prenant en compte la durée du mariage de l'appelante et du défunt;
 - iii. en accordant un poids excessif au fait que, au départ, l'appelante avait consenti à l'inhumation des restes au Trinity Anglican Cemetery, sans aussi prendre en compte qu'elle avait déclaré sous serment n'avoir pas été convenablement consultée et avoir été plongée dans le deuil à ce moment-là.

IV. Analyse

[23] Il n'est pas avancé que le juge saisi de la requête n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance demandée ou que la présente cause ne devait pas être jugée par application de l'art. 15 de la *Loi sur les compagnies de cimetière*.

[24] Le premier moyen d'appel soulève manifestement une question de droit, dont la résolution pourrait déterminer la nature du second moyen d'appel et établir s'il est l'allégation d'une erreur de droit ou d'une erreur de droit et de fait. S'il y a eu application du mauvais critère, il pourrait s'ensuivre que le juge saisi de la requête s'est fondé sur des considérations non pertinentes, ainsi que l'avance le second moyen. Dans ce cas, le juge aura commis une erreur de droit en accordant un poids à des facteurs non pertinents. Par contre, si le juge a appliqué le bon critère dès le départ, la question que soulève le second moyen d'appel est de la nature d'une question mixte de droit et de fait et devrait relever d'une norme de contrôle différente.

A. *La décision est-elle le produit d'une erreur de droit?*

[25] Tracy Lynn Mason soutient que le juge saisi de la requête a appliqué le mauvais critère juridique pour statuer sur sa demande d'exhumation des restes de David Mason. Elle avance que la présente cause est sans précédent au Nouveau-Brunswick. Elle reconnaît qu'il n'est apporté de repères, dans la présente situation, ni par des dispositions législatives ni par une jurisprudence liant la Cour. M^{me} Mason nous presse d'adopter un critère qui accorderait la priorité aux survivants dans un ordre précis, pour ce qui est de décider s'il faut autoriser l'exhumation de restes humains. Elle soutient que la décision devrait appartenir en premier lieu à l'exécuteur ou à l'administrateur d'une succession. En l'absence d'exécuteur ou d'administrateur, ce pouvoir reviendrait à l'époux survivant. De l'avis de M^{me} Mason, le juge saisi de la requête a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la décision de transférer des restes humains devait [TRADUCTION] « relever du raisonnable » et que [TRADUCTION] « les cours devraient se montrer très prudentes avant de rendre une ordonnance de ce genre, et ne devraient en rendre une que si des motifs clairs, convaincants et impérieux le justifient » (par. 16).

[26] Tracy Lynn Mason engage notre Cour à diriger son regard vers d'autres provinces canadiennes, telles la Colombie-Britannique, l'Alberta et la Saskatchewan, qui ont toutes adopté des lois établissant un ordre de priorité, entre responsables éventuels, en matière de disposition des restes d'un défunt. Dans ces provinces, la priorité est accordée

à l'exécuteur testamentaire ou à l'administrateur successoral, en l'absence de qui l'époux survivant peut décider.

[27] Tracy Lynn Mason admet que, en common law, il n'existe pas de droit de propriété sur la dépouille d'un défunt. Elle avance que les tribunaux reconnaissent depuis longtemps à l'exécuteur d'une succession une obligation et un droit, de portée limitée, de disposer dignement des restes d'un défunt, et elle ajoute que cette obligation suppose un droit de possession opposable aux membres de la famille du défunt. M^{me} Mason invoque des décisions qui, soutient-elle, étayent la thèse qu'elle avance et qui veut que le droit dont jouit l'exécuteur ou l'administrateur, selon le cas, ne se limite pas à l'inhumation et comprenne le droit d'exhumer les restes. J'aborde ces décisions plus bas.

[28] Quant à Irene Mason, elle soutient que ni la jurisprudence ni la doctrine n'établissent que la common law institue un système de priorité, ou de rang, donnant à l'exécuteur ou à l'administrateur priorité sur tous les autres pour déterminer le lieu de sépulture d'un défunt après l'inhumation.

[29] Je ferai respectueusement observer que la common law n'établit pas de système de priorité, ou de rang, investissant une personne en particulier du pouvoir d'exhumer des restes humains une fois remplie l'obligation d'en disposer de façon appropriée. La common law, comme l'art. 15 de la *Loi sur les compagnies de cimetière*, reconnaît plutôt aux tribunaux un vaste pouvoir discrétionnaire les habilitant à examiner l'ensemble des circonstances et à déterminer s'il existe des motifs impérieux d'autoriser que des restes humains soient exhumés comme le veut une personne ou un groupe donné.

[30] Les principes de common law énoncés dans la décision du juge saisi de la requête, et reproduits au par. 13 des présents motifs, ne sont pas contestés ici. Les parties conviennent que l'arrêt *Williams* établit ce qui suit : 1) [TRADUCTION] « La dépouille d'un être humain ne peut être la propriété de personne » (p. 662 et 663); 2) une personne [TRADUCTION] « ne peut pas, par testament, disposer de son corps » (p. 665); 3) après le décès d'une personne, ses [TRADUCTION] « exécuteurs testamentaires ont un droit

de garde et de possession de son corps (mais n'en ont pas la propriété) jusqu'à ce qu'il soit inhumé de façon appropriée » (p. 665).

[31] *Widdifield on Executors and Trustees*, publié sous la direction de Carmen S. Thériault (6^e éd., Scarborough (Ont.), Carswell, 2002, p. 1-1) (éd. à feuilles mobiles, mise à jour de 2017, suppl. 11), fait état de ces principes de common law, mais signale que des provinces ont adopté des dispositions législatives qui priment certains d'entre eux. Ce n'est pas le cas au Nouveau-Brunswick.

[32] La common law établit d'autres principes, que je résumerai ainsi :

- Si un exécuteur testamentaire est désigné, il a l'obligation de disposer des restes de façon appropriée; si aucun exécuteur testamentaire n'est désigné, mais qu'un administrateur successoral est nommé, cette obligation revient à l'administrateur; s'il n'y a ni exécuteur ni administrateur, l'obligation échoit, dans l'ordre, à ces personnes : l'époux du défunt, le père ou la mère du défunt, le [TRADUCTION] « maître des lieux où le corps gît » (*Hunter c. Hunter*, [1930] 4 D.L.R. 255, (C.S. Ont.) (QL), p. 263 et 264; *Saleh c. Reichert*, [1993] O.J. No. 1394 (C. Ont. (Div. gén.)) (QL), par. 8 à 13).
- Le droit parle d'une obligation, et non d'un droit. [TRADUCTION] « L'obligation fondamentale est celle de s'occuper du corps de façon appropriée – c'est-à-dire d'en disposer avec dignité » (*Abeziz c. Harris Estate*, [1992] O.J. No. 1271 (C. Ont. (Div. gén.)) (QL), le juge Farley, décision suivie dans *Saleh*, par. 18). En d'autres termes, l'obligation imposée est celle de disposer du corps du [TRADUCTION] « défunt d'une manière qui convienne au patrimoine qu'il laisse » (*Williams*, p. 664, suivi dans *Hunter*, p. 265).

- Le principe qu'on [TRADUCTION] « ne peut pas, par testament, disposer de son corps » n'empêche pas une personne, [TRADUCTION] « à qui incombe l'obligation de disposer des restes, d'accomplir les volontés licites du défunt quant au mode de disposition de son corps » (*Saleh*, par. 27, renvoyant à *Abeziz*).
- En cas de différend sur les services funéraires et sur le mode de disposition de restes humains, le tribunal devrait déférer au choix de la personne que le droit habilite à prendre la décision, soit l'exécuteur, l'administrateur ou l'époux, selon le cas (*Mouaga c. Mouaga*, [2003] O.J. No. 2030 (C. sup. Ont.) (QL)).

[33] Quelques principes encore, mentionnés ici par souci de donner un résumé complet, émanent de provinces dont les lois instituent un régime encadrant l'inhumation et l'exhumation :

[TRADUCTION]

- « Si l'Assemblée législative désigne un agent public à qui les demandes d'exhumation doivent être présentées, le tribunal ne peut s'arroger cette compétence. Le tribunal a pour seul rôle [...] de procéder à une révision judiciaire de la décision » (*Polak (Guardian ad litem of) c. Muccilli*, [1993] A.J. No. 357 (C. succ. Alb.) (QL)).
- En matière d'exhumation, des dispositions législatives peuvent supplanter la hiérarchie de common law établie pour les droits d'inhumation. Par exemple, dans *McSheffrey Estate c. McRae*, [1999] O.J. No. 5853 (C. sup. Ont.) (QL), la loi interdisait l'exhumation d'un corps sans le consentement préalable du titulaire de droits d'inhumation, lequel était essentiellement défini comme le propriétaire du lot où les restes étaient enterrés.

[34] Certains régimes législatifs instaurent un ordre de priorité établissant qui décide du mode de disposition de restes humains, mais permettent que soit sollicitée de la cour, par une personne revendiquant un intérêt, une ordonnance autorisant ou empêchant l'exhumation, et exposent les critères que la cour doit appliquer. La situation était de cet ordre dans *Popp Estate (Re)*, [2001] B.C.J. No. 203 (C.S.C.-B.) (QL). Il n'existe toutefois pas, au Nouveau-Brunswick, de dispositions législatives semblables.

[35] Quelques autres jugements sont dignes de mention : *Johnston c. Alberta (Director of Vital Statistics)*, [2008] A.J. No. 523 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2008] C.S.C.R. n° 313 (QL), *Catto c. McKay*, [2016] O.J. No. 2956 (C. sup. Ont.) (QL), et *Waldman c. Melville (City)*, [1990] S.J. No. 13 (C.B.R.) (QL).

[36] Dans l'affaire *Johnston*, la directrice de l'état civil avait délivré un permis d'exhumation des restes d'un agent de la GRC, tué dans l'exercice de ses fonctions, qui avait été enterré en Alberta. L'épouse du gendarme avait demandé le permis après avoir appris qu'elle avait le droit de faire enterrer ses restes dans le cimetière de la GRC près de Regina, en Saskatchewan. En Alberta, la *Cemeteries Act*, R.S.A. 2000, ch. C-3, investissait la directrice de pleins pouvoirs discrétionnaires pour la délivrance ou le refus d'un permis. Deux mois après la décision de la directrice, mais avant l'exhumation, la mère du défunt a contesté l'autorisation d'exhumer. La directrice n'a pas annulé le permis. La mère a vu sa requête en révision rejetée, de même que son appel ultérieur. Dans ses motifs, la Cour d'appel de l'Alberta a mentionné la priorité que la common law reconnaît à un époux sur les parents pour ce qui est de disposer de restes humains. L'arrêt n'établit pas, cependant, que la même priorité existe dans le cas d'une exhumation. La priorité de common law en matière de disposition de restes humains n'est mentionnée que dans le contexte de l'avis à donner d'une demande de permis d'exhumer. Cette partie de l'arrêt établit simplement que quiconque demande une exhumation doit donner avis aux personnes qui, en common law, auraient priorité égale ou supérieure pour la disposition des restes du défunt.

[37] Dans l'affaire *Catto*, il fallait déterminer principalement quelle personne devait être désignée administratrice de la succession, et si la cour devait ordonner que les cendres du défunt soient exhumées et qu'on en remette la moitié à la mère en vue d'une inhumation dans le lot familial au Québec. Le défunt était mort intestat en Ontario, où il habitait avec son épouse. Après le décès, des dispositions avaient été prises pour la tenue de funérailles dans sa province natale. Cependant, avant l'inhumation des cendres dans le lot familial, l'épouse avait décidé de les emporter avec elle, en Ontario, et elles y avaient été inhumées. Après l'avoir appris, la mère du défunt a demandé à la Cour supérieure de l'Ontario une ordonnance autorisant : 1) l'exhumation des restes; 2) l'enlèvement de la moitié des cendres en vue de leur inhumation dans le lot familial au Québec. Le juge Smith a conclu que l'épouse du défunt devait être nommée administratrice successorale et que, en sa qualité d'administratrice, elle [TRADUCTION] « avait le droit de décider du lieu et du mode d'inhumation des cendres » (par. 43). En fait, le juge a essentiellement appliqué le principe énoncé dans *Mouaga* et il a déféré à la décision de l'administratrice.

[38] Il est permis de penser que *Catto* établit que la personne qui a l'obligation de disposer de restes humains de façon appropriée est investie du droit de s'opposer, après l'inhumation, à quiconque voudrait revoir la façon dont l'obligation a été remplie. C'est certainement ce qu'établit, très précisément, le jugement *Melville*. Dans cette affaire de la Saskatchewan, la sœur du défunt demandait une ordonnance d'exhumation afin que le corps de son frère puisse être incinéré, selon les volontés qu'il avait exprimées, et que ses cendres puissent être enterrées dans un cimetière confessionnel. Le défunt avait nommé sa conjointe de fait exécutrice testamentaire; elle avait choisi de le faire inhumer au cimetière de Melville. En Saskatchewan, un règlement habilitait le ministre de la Santé publique à délivrer un permis d'exhumation aux fins de réinhumation d'un corps [TRADUCTION] « ou à toute autre fin louable » (par. 10). Le juge MacLeod a convenu que l'exhumation était demandée à une fin louable, au sens large du terme, mais il a conclu que le règlement devait être interprété dans [TRADUCTION] « un contexte de santé publique », suivant la loi habilitante. Il a également conclu que le droit de s'occuper du corps du défunt revient à l'exécuteur et il a invoqué *Williams* pour fondement de cet énoncé. Je rappelle qu'il est déclaré dans *Williams* qu'[TRADUCTION] « après le décès d'un homme, ses exécuteurs

testamentaires ont un droit de garde et de possession de son corps (mais n'en ont pas la propriété) jusqu'à ce qu'il soit inhumé de façon appropriée » (p. 665) (je souligne). Le juge MacLeod a formulé les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Les droits de l'exécuteur testamentaire perdurent même après l'enterrement, sinon ils seraient sans substance et (sous réserve des règlements) les personnes s'opposant à l'exécuteur pourraient faire exhumer le corps dès qu'il a été inhumé.

Une loi provinciale peut restreindre ou supprimer les droits de l'exécuteur, mais elle doit montrer sans équivoque que l'intention du législateur est telle. [par. 17 et 18]

[39] Le principe qui se dégage des jugements *Melville*, *Catto* et *Mouaga* veut qu'une décision prise de façon appropriée par l'exécuteur, l'administrateur ou l'époux survivant, selon le cas, pour s'acquitter de l'obligation de disposer de restes humains, prévale sur une démarche d'exhumation sauf dispositions législatives contraires. À mon sens, ces jugements n'établissent pas que demeure, une fois l'obligation remplie, une faculté perpétuelle de décision habilitant à exhumer des restes. Si telle était l'optique de la common law, des questions comme celles que le juge de première instance a formulées se poseraient :

[TRADUCTION]

- i. Un exécuteur, un administrateur ou un époux survivant pourrait-il demander l'exhumation 5 ans, 10 ans ou même 20 ans après l'enterrement?
- ii. Y a-t-il un délai de prescription après lequel la famille d'un défunt saura avec certitude que les restes ne pourront pas être exhumés?
- iii. Des restes humains pourraient-ils être transférés plusieurs fois? [par. 13]

[40] Ces questions ne se posent pas sous un régime où, une fois remplie l'obligation de disposer de façon appropriée de restes humains, l'exhumation des restes

n'est autorisée que pour des motifs impérieux. Il s'agit là, à mon sens, du régime reconnu en common law.

[41] En l'espèce, il n'y avait ni exécuteur ni administrateur à qui revenait, au cours de la période pertinente, l'obligation de disposer de façon appropriée du corps de David Mason. L'obligation incombait, par conséquent, à son épouse. Tracy Lynn Mason s'en est acquittée en convenant, avec la famille qu'il avait au Nouveau-Brunswick, que M. Mason serait inhumé au Trinity Anglican Cemetery. Une fois l'obligation remplie, la tombe ne pouvait être ouverte de nouveau qu'aux conditions prévues par la *Loi sur les compagnies de cimetières*.

[42] La *Loi* n'oblige pas le juge à accorder une ordonnance en raison de la qualité en laquelle agit le requérant. Il importe donc peu que Tracy Lynn Mason, au moment où elle a déposé la requête, ait eu qualité d'administratrice successorale. La *Loi* ne dresse pas non plus de liste de critères qui, s'ils étaient remplis, obligeraient le juge à rendre l'ordonnance demandée. En conséquence, le pouvoir judiciaire que confère la *Loi* est de nature discrétionnaire. L'énoncé suivant, formulé par le juge Drapeau, J.C.N.-B., au nom de la Cour dans *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, est pertinent :

À notre avis, il n'y a rien à la règle 33.07(1) – ni à toute autre règle d'ailleurs – qui oblige le tribunal à rendre l'ordonnance sollicitée par la Fondation. L'ordonnance contestée découle essentiellement de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire. Comme toute autre décision découlant de l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, la décision en l'espèce ne peut être modifiée en appel que si elle est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (voir *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, au par.43) ou encore, que si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie (voir les propos de R.P. Kerans dans son ouvrage *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton : Juriliber Limited, 1994), aux pages 36 et 37, et

ceux de lord Diplock dans l'arrêt *Secretary of State for Education and Science c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1977] A.C. 1014 (Ch. des lords), à la page 1064).
[par. 4]

[43] Si les mots « à la règle 33.07(1) » sont remplacés par les mots « à l'art. 15 de la *Loi sur les compagnies de cimetièrre* », et « la Fondation » par « Tracy Mason », ce paragraphe s'applique intégralement en l'espèce. Rien dans la *Loi* – ni aucun principe de droit d'ailleurs – n'obligeait le tribunal à rendre l'ordonnance sollicitée par Tracy Lynn Mason et, de ce fait, la décision contestée demandait l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire.

[44] Si l'on considère un appel à la lumière de la norme de contrôle définie dans l'arrêt *Beaverbrook*, il apparaît que seule une réponse négative à l'une des trois questions suivantes justifierait une intervention : (1) le juge a-t-il appliqué les principes juridiques appropriés? (2) la décision repose-t-elle sur une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve? (3) la décision est-elle déraisonnable, au sens où rien au dossier ne la justifie?

[45] J'ai déjà répondu à la première question : aucun principe de common law n'obligeait le juge saisi de la requête à tirer une conclusion donnée, du fait de la qualité d'administratrice acquise par la requérante après que l'obligation de disposer de façon appropriée du corps de David Mason a été remplie. L'article 15 de la *Loi sur les compagnies de cimetièrre* obligeait le juge à examiner l'ensemble des circonstances et à prononcer la décision qu'il estimait appropriée. Le juge l'a fait et il a conclu que [TRADUCTION] « David [avait] eu droit en juin 2016 à des funérailles et à une inhumation appropriées » et ne voyait « aucune raison [...] de porter atteinte au sentiment de finalité qu'[avait] apporté l'achèvement de ce processus funéraire » (par. 17). Sa décision ne repose pas sur une erreur de droit.

B. *La décision repose-t-elle sur une erreur de fait, ou une erreur mixte de droit et de fait, manifeste et dominante?*

[46] À mon sens, l'appelante n'a pas fait la démonstration d'une erreur de fait qui soit manifeste, encore moins manifeste et dominante. Tracy Lynn Mason avance que trois erreurs de cette nature ont été commises : 1) le juge saisi de la requête a reconnu qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur l'affaire en fonction des volontés du défunt, mais il a conclu que la preuve au dossier n'établissait pas que David Mason n'aurait pas voulu être inhumé aux côtés de son père; 2) le juge a pris en compte, à tort, la durée du mariage de M^{me} Mason avec David Mason; 3) le juge a accordé un poids inapproprié au consentement qu'elle avait donné aux dispositions prises à l'origine pour les funérailles.

[47] Je ferai respectueusement remarquer qu'il n'était en rien contradictoire, de la part du juge, de constater l'effet non obligatoire des volontés qu'une personne exprime avant son décès et de prendre en compte ces volontés parmi d'autres facteurs pour rendre une décision en vertu de l'art. 15 de la *Loi*. Par la constatation d'abord formulée, le juge énonçait tout simplement le droit : [TRADUCTION] « [U]n défunt ne peut pas décider, par testament ou autrement, du mode de disposition de son propre corps » (par. 15). Ce principe n'empêche pas qu'un juge prenne en considération, lorsqu'il exerce un pouvoir discrétionnaire sous le régime de la *Loi*, l'ensemble des circonstances, dont les volontés que le défunt peut avoir exprimées. La conclusion du juge selon laquelle il n'y avait au dossier aucune preuve de fond montrant que David Mason n'aurait pas voulu être enterré auprès de sa mère et de son père, dans le lot de ces derniers, est indicative du peu de poids qu'il a accordé à ce facteur dans les circonstances.

[48] Quant à l'affirmation de M^{me} Mason que le juge a pris en compte, à tort, la durée de son mariage avec le défunt, cette durée de treize mois seulement était un fait. Ce n'était que l'une des nombreuses considérations intervenant dans les circonstances.

[49] En ce qui concerne l'argument de Tracy Lynn Mason voulant que le juge saisi de la requête ait accordé un poids inapproprié à son assentiment initial au lieu de

sépulture, le juge n'a fait qu'exposer les faits sur ce point, indiquant qu'ils entraînent dans le tableau des faits sur lequel s'appuyait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[50] Je suis du respectueux avis que ce que conteste réellement Tracy Lynn Mason, c'est la conclusion à laquelle le juge saisi de la requête est arrivé après avoir apprécié la preuve, ce par quoi elle nous engage simplement à apprécier la preuve de nouveau et à tirer une conclusion différente. Ce n'est manifestement pas notre rôle. Il appartenait au juge d'examiner et d'apprécier l'ensemble des circonstances, puis de déterminer si l'exhumation devait être autorisée. La démonstration d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve n'a pas été faite.

C. *La décision est-elle déraisonnable?*

[51] Pour ce qui est de la raisonabilité de la décision, le juge disposait de faits favorables à la requête dont il était saisi, ainsi que de faits défavorables à la requête. Il lui appartenait de mettre en balance ces divers facteurs et d'arrêter une décision. Il l'a fait, et il a statué comme nous l'avons vu. De toute évidence, le juge a accordé plus de poids aux facteurs propres à apporter un sentiment de finalité au processus funéraire. Ce choix, que le dossier justifie, s'offrait certainement à lui. La décision n'est donc pas déraisonnable.

V. Dispositif

[52] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel. Je suis en outre d'avis d'ordonner que Tracy Lynn Mason verse à Irene Mason des dépens de 2 500 \$.