

A-578-93

A-578-93

**Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs Canada and the Attorney General of Canada and the Batchewana Indian Band (Appellants) (Defendants)**

**Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le procureur général du Canada, et la bande indienne de Batchewana (appelantes) (défenderesses)**

v.

c.

**John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson and Frank Nolan, each on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the Batchewana Band (Respondents) (Plaintiffs)**

**John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson et Frank Nolan, en leur nom personnel et au nom de tous les membres non-résidents de la bande de Batchewana (intimés) (demandeurs)**

and

et

**Congress of Aboriginal Peoples, Native Women's Association of Canada and Lesser Slave Lake Indian Regional Council (Intervenors)**

**Congrès des peuples autochtones, Native Women's Association of Canada et Lesser Slave Lake Indian Regional Council (intervenants)**

**INDEXED AS: BATCHEWANA INDIAN BAND (NON-RESIDENT MEMBERS) v. BATCHEWANA INDIAN BAND (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE BATCHEWANA (MEMBRES NON-RÉSIDENTS) c. BANDE INDIENNE DE BATCHEWANA (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Linden and McDonald JJ.A.—Toronto, September 23, 24 and 25; Ottawa, November 20, 1996.

Cour d'appel, juges Stone, Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 23, 24 et 25 septembre; Ottawa, 20 novembre 1996.

*Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Appeal from F.C.T.D. judgment holding Indian Act, s. 77(1), requiring band members to be “ordinarily resident” on reserve to vote in Band Council elections, violating Charter, s. 15 equality guarantees — To establish right to exclude non-resident members of Band from democratic decision-making protected, must demonstrate right is practice, custom or tradition integral to distinctive culture of Band — Factors to consider when applying preceding test — Prior to 1902 no electoral system for selection of band chief to which residency requirement could be directed — Existence of practice prior to contact with European societies not established — Right to s. 35(1) protection, recognizing prior occupancy of lands by Aboriginal peoples, not established.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Appel du jugement par lequel la Section de première instance de la Cour fédérale a jugé que l'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui exige que les membres d'une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour pouvoir voter aux élections du conseil de la bande, violait les garanties d'égalité prévues à l'art. 15 de la Charte — Pour établir que le droit d'exclure les membres non-résidents de la bande du processus de prise de décisions démocratique est protégé, il faut démontrer que ce droit constitue une coutume, une pratique ou une tradition qui fait partie intégrante de la culture distinctive de la bande — Facteurs dont il faut tenir compte pour appliquer ce critère — Avant 1902, le choix du chef de la bande n'était pas régi par un mécanisme électoral qui prévoyait un critère de résidence — L'existence d'une coutume existant avant le contact avec les sociétés européennes n'a pas été démontrée — L'existence du droit à la protection de l'art. 35(1), qui reconnaît l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones, n'a pas été établie.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Aboriginal peoples — Charter, s. 25 requiring Charter guarantees of certain rights and freedoms not be construed so as to*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Peuples autochtones — L'art. 25 de la Charte prévoit que le fait que la Charte garantit certains droits et libertés ne porte*

*abrogate or derogate from any Aboriginal, treaty or other rights or freedoms pertaining to Aboriginal peoples — S. 25 not independently enforceable — Since right to limit voting to on-reserve Band members not Aboriginal right under s. 35, s. 25 not applicable — Residency requirement not "other right or freedom pertaining to Aboriginal peoples" — Exclusion of non-resident Band members from voting neither reflecting distinctive Aboriginal culture of Band, nor integral to maintenance of distinctive form of Aboriginal government.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indian Act, s. 77(1) requiring band members to be "ordinarily resident" on reserve to vote in Band Council elections — Charter, s. 15 guaranteeing equality before, under law, right to equal protection, benefit of law — By prohibiting non-resident Band members from participating in selection of Band Council, or as electors of Band, s. 77(1) denying significant benefit of law — Application of analogous grounds approach to whether distinction discriminatory — Right to vote denied on basis of characteristic, residence off reserves, to which stereotype attached — Fear non-resident Band members could not be trusted to use electoral power in best interests of Band based on stereotypical assumption about personal characteristic of non-residency — Also many members of group suffering historical disadvantage based on personal characteristics of race, sex — Disenfranchisement of group guaranteeing powerless to hold accountable elected officials — When political powerlessness, historical disadvantage added to stereotyping, Trial Judge's finding difficult to change residence, equality guarantee must be extended to non-resident band members.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Indian Act, s. 77(1), requiring band members to be "ordinarily resident" on reserve to vote in Band Council elections, violating Charter, s. 15 equality guarantee — S. 77(1) not saved by Charter, s. 1 — While goal of s. 77(1) pressing, substantial, no rational connection between legislative objective and means taken to achieve it — Discriminatory prohibition on voting by off-reserve members not justified by fact Band governance often concentrated on matters of interest exclusively to those on reserve — Non-resident Band members bound by deci-*

*pas atteinte aux droits ou libertés, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones — L'art. 25 ne peut être appliqué indépendamment — Comme le droit de limiter le droit de vote aux seuls membres de la bande qui vivent dans une réserve n'est pas reconnu comme un droit ancestral au sens de l'art. 35(1), l'art. 25 ne s'applique pas — Le critère de résidence ne constitue pas un des «droits ou libertés... des peuples autochtones» — L'inhabilité à voter des membres non-résidents de la bande ne reflète pas le caractère distinctif de la culture autochtone de la bande et ne fait pas partie intégrante du maintien d'une forme distinctive de gouvernement autochtone.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens exige que les membres d'une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter aux élections tenues au sein du conseil de la bande — L'art. 15 de la Charte garantit le droit à l'égalité devant la loi et le droit à la protection égale de la loi — En les empêchant de participer au choix de la composition du conseil de la bande et en leur refusant toute participation à titre d'électeurs de la bande, l'art. 77(1) frustré les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve d'un bénéfice important de la loi — Application de l'analyse des motifs analogues pour déterminer si la distinction en cause est discriminatoire — Le droit de vote a été refusé sur le fondement d'une caractéristique (le fait de résider à l'extérieur d'une réserve) à laquelle un stéréotype est accolé — La crainte que les membres de la bande qui ne résident pas dans la réserve ne se servent pas de leur pouvoir électoral d'une manière qui aille dans le sens des intérêts de la bande est fondée sur une présomption stéréotypée portant sur une caractéristique personnelle, à savoir la non-résidence — En outre, de nombreux membres de ce groupe ont été victimes d'un désavantage historique en raison de caractéristique personnelles comme la race et le sexe — L'émancipation des membres de ce groupe fait en sorte qu'ils sont impuissants à demander des comptes à leurs représentants élus — Lorsqu'on ajoute l'impuissance politique et les désavantages historiques à la présence de stéréotypes et à la conclusion du juge de première instance selon laquelle il est très difficile de changer de résidence, il s'ensuit que la protection de la garantie d'égalité doit être accordée aux membres non-résidents de la bande.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — L'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui exige que les membres d'une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter aux élections tenues au sein du conseil d'une bande, viole la garantie d'égalité prévue à l'art. 15 de la Charte — L'art. 77(1) n'est pas sauvegardé par l'article premier de la Charte — Bien que l'objet de l'art. 77(1) soit d'une importance urgente et réelle, il n'existe pas de lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et les moyens qu'il a pris pour l'atteindre — L'interdiction discrimina-*

sions of chief, Band Council in so far as decisions may impact on them, but lacking ability to hold chief, Band Council accountable — Exclusion of non-resident Band members from participation in selection contrary to principles on which electoral provisions of Indian Act built.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Indian Act, s. 77(1) requiring band members to be “ordinarily resident” on reserve to vote in Band Council elections violating Charter, s. 15 equality guarantee — Not saved by Charter, s. 1 — Appropriate case for constitutional exemption, purpose of which to ensure applications of particular unconstitutional law remedied to extent of inconsistency only — History of other bands not before Court — To strike down s. 77 in respect of all bands overshooting mandate of Constitution Act, 1982, s. 52 — Words “ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) of no force, effect with respect to Band — Charter, s. 24 providing anyone whose Charter protected rights, freedoms infringed or denied may apply to court of competent jurisdiction to obtain such remedy as Court considering appropriate, justified in circumstances — Remedy should be granted on individual basis, rather than partial declaration of invalidity under Constitution Act, 1982, s. 52(1) — Granting exemption from residency requirement to Band not altering s. 77(1)’s fundamental purpose: implementation of voting regime granting right to vote to those having interest in, affected by, outcome of electoral process.

Native peoples — Elections — Indian Act, s. 77(1) requiring band members be “ordinarily resident” on reserve to vote in Band Council elections violating Charter, s. 15 guarantee of equality before, under law, right to equal protection, benefit of law — Not saved by s. 1 — Constitutional exemption appropriate.

toire de voter qui est faite aux membres non-résidents de la bande n’est pas justifiée par le fait que le gouvernement de la bande est souvent axé principalement sur des questions qui intéressent exclusivement ceux qui se trouvent dans la réserve — Les membres non-résidents de la bande sont liés par les décisions du chef et du conseil de la bande dans la mesure où ces décisions peuvent avoir des incidences sur eux, mais ils n’ont pas le pouvoir d’obliger le chef et les membres du conseil de la bande à leur rendre des comptes — Interdire aux membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve le droit de participer au choix des membres du conseil va à l’encontre des principes sur lesquels reposent les dispositions électorales de la Loi sur les Indiens.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — L’art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui exige que les membres d’une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter aux élections tenues au sein du conseil de la bande, viole la garantie d’égalité prévue à l’art. 15 de la Charte — L’art. 77(1) n’est pas sauvegardé par l’article premier de la Charte — La présente affaire se prête à l’octroi d’une exemption constitutionnelle, dont la raison d’être est de garantir qu’on ne peut corriger les violations de la Charte découlant des applications d’une règle de droit déterminée que dans la mesure de leur incompatibilité avec la Charte — L’histoire d’autres bandes n’a pas été relatée devant la Cour — Déclarer l’art. 77(1) inopérant en ce qui concerne toutes les bandes déborderait le cadre du mandat prévu à l’art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Les mots «et réside ordinairement dans la réserve» contenus à l’art. 77(1) sont inopérants uniquement en ce qui concerne la bande — L’art. 24(1) de la Charte prévoit que toute personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la Charte peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances — La réparation devrait être accordée en fonction de la situation de chaque bande et non découler d’une déclaration partielle d’invalidité prononcée en vertu de l’art. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 — Le fait de soustraire la bande à l’application du critère de résidence ne va pas à l’encontre de l’objectif fondamental de l’art. 77(1): instaurer un régime électoral auquel tous ceux qui sont touchés par l’issue du scrutin ont le droit de participer.

Peuples autochtones — Élections — L’art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui exige que les membres d’une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter aux élections tenues au sein du conseil de la bande, viole l’art. 15 de la Charte, qui garantit le droit à l’égalité devant la loi et le droit à la protection égale de la loi — L’art. 77(1) n’est pas sauvegardé par l’article premier de la Charte — Il convient d’accorder une exemption constitutionnelle.

This was an appeal from a Trial Division judgment which held that in this case, *Indian Act*, subsection 77(1) (which requires that band members be “ordinarily resident” on the reserve in order to vote in band council elections) violated Charter section 15. Section 15 guarantees equality before and under the law and the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination. The Trial Judge granted a declaration of invalidity of subsection 77(1) in its entirety as it related to the Band. He rejected “reading in” as a viable alternative because it would require speculation as to Parliament’s intentions. In this appeal, the respondents were seeking only an exemption from the operation of subsection 77(1) against them so as to allow off-reserve Band members to vote.

The respondents argued that by denying non-resident Band members the ability to participate in Band governance, subsection 77(1) violates their equality rights because it denies them a benefit, the right to vote, on the basis of an irrelevant personal characteristic, i.e. non-residency on the reserve. Although all Band members are affected by the decisions of the Band government, only those who live on the reserve are able to decide who will make up the Band Council and take part in Band decision making as “electors”. In 1985 69% of the membership lived on Band reserves. That ratio was reversed by 1991, however, when 68% of the Band members were again living off the reserves due to the sharp increase in Band membership which occurred as a result of amendments to the *Indian Act* in 1985 (Bill C-31). These amendments sought to correct the discriminatory effects of the old “marrying-out” and “enfranchisement” provisions of the *Indian Act* by reinstating to Indian status those who had lost their status as a result of these provisions. It also granted status to the children of those persons.

The intervenor LSLIRC argued that the right to determine membership and the incidents of membership, such as voting eligibility, are Aboriginal rights which ought to be protected under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Subsection 35(1) recognizes and affirms existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples. Specifically, it was asserted that the rights to determine membership and the incidents of membership arise out of the nature of Aboriginal title. The effect of recognizing such rights under subsection 35(1) would be to bring them within the protective sphere of section 25, which requires Charter guarantees of certain rights and freedoms not be

Il s’agit de l’appel d’un jugement par lequel la Section de première instance a jugé qu’en l’espèce, le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* (qui exige que les membres d’une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter aux élections tenues au sein du conseil de la bande) contrevenait à l’article 15 de la Charte. L’article 15 garantit le droit à l’égalité devant la loi et le droit à la protection égale de la loi indépendamment de toute discrimination. Le juge de première instance a ordonné que le paragraphe 77(1) soit déclaré invalide dans sa totalité pour ce qui était de la bande. Il a refusé de retenir l’«interprétation large» comme solution de rechange viable parce que cela aurait obligé à spéculer sur les intentions du législateur. Dans le présent appel, les intimés demandent simplement d’être soustraits à l’application du paragraphe 77(1) pour permettre aux membres de la bande qui résident à l’extérieur de la réserve de voter.

Les intimés font valoir qu’en frustrant les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve du droit de participer aux gouvernements de la bande, le paragraphe 77(1) viole leurs droits à l’égalité, étant donné qu’il leur refuse un bénéfice — le droit de vote — sur le fondement d’une caractéristique personnelle non pertinente, à savoir le fait de ne pas résider dans une réserve. Bien que tous les membres de la bande soient touchés par les décisions prises par la bande, seuls les membres qui vivent dans une réserve peuvent décider de la composition du conseil de bande et prendre part au processus de prise de décisions de la bande à titre d’«électeurs». En 1985, 69 pour 100 des membres de la bande habitaient dans des réserves de la bande. La situation a cependant été inversée en 1991, année où 68 pour 100 des membres de la bande vivaient une fois de plus à l’extérieur des réserves par suite de l’augmentation rapide du nombre de membres attribuable aux modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* (par le projet de loi C-31). Ces modifications visaient à corriger les effets discriminatoires des anciennes dispositions de la *Loi sur les Indiens* portant sur les «mariages mixtes» et l’«émancipation» en rétablissant l’admissibilité au sein des bandes des Indiens qui avaient perdu leur statut en raison des dispositions en question. Les enfants de ces personnes recouvraient également leur statut d’Indiens grâce à ces modifications.

Le conseil régional intervenant fait valoir que le droit de déterminer l’appartenance à la bande et les avantages y afférents, comme l’admissibilité au droit de suffrage, sont des droits ancestraux qui devraient être protégés en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) reconnaît et confirme les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones. Plus précisément, l’intervenant affirme que le droit de fixer les règles d’appartenance à la bande et les avantages y afférents découle de la nature du titre autochtone. S’ils étaient reconnus en vertu du paragraphe 35(1), ces droits bénéficieraient de la protection de l’article 25,

construed so as to “abrogate or derogate” from the Aboriginal, treaty or other rights or freedoms pertaining to Aboriginal peoples.

The issues were (1) whether Charter, section 15 applies in the face of *Constitution Act, 1982*, subsection 35(1) and Charter, section 25; (2) whether *Indian Act*, subsection 77(1) contravenes Charter, subsection 15(1); (3) if so, whether subsection 77(1) can be saved by Charter, section 1; and (4) if not, what is the appropriate remedy.

*Held*, the appeal should be dismissed, except to the extent that the remedy granted should be modified.

(1) In recognizing the existence of an Aboriginal right, courts are guided by the purposes for which subsection 35(1) was designed: to recognize “the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as . . . the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory”. These dual purposes are fulfilled by recognizing those Aboriginal rights which meet the following test: in order to be an Aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the Aboriginal group claiming the right. The factors to be considered when applying this test include: the perspective of the Aboriginal people claiming the right, the precise nature of the claim being made; whether the right claimed is of central significance to the Aboriginal society in question and not merely incidental; whether the right claimed has continuity with practices which existed prior to contact; the availability of evidence specific to the Aboriginal group which, although not necessarily conclusive, is sufficient to demonstrate the existence of the right; and finally, whether the right reflects the distinctive nature of the Aboriginal culture. There was not enough evidence to establish that the exclusion of non-resident members from voting was an Aboriginal right which ought to be protected under subsection 35(1). Prior to 1902, there was no electoral system for the selection of a band chief to which a residency requirement could be directed. Furthermore, the exclusion from voting of non-resident members was not shown to have existed prior to contact with European societies. Without evidence of the existence of the practice prior to contact, the right to subsection 35(1) protection was not established.

Section 25 is not enforceable independent of subsection 35(1). Section 25 acts as a shield which protects Aboriginal, treaty and other rights from being adversely affected

qui prévoit que le fait que la Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones.

Les questions en litige sont les suivantes: (1) L'article 15 de la Charte s'applique-t-il, eu égard au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à l'article 25 de la Charte? (2) Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* contrevient-il au paragraphe 15(1) de la Charte? (3) Dans l'affirmative, le paragraphe 77(1) peut-il être sauvegardé en vertu de l'article premier de la Charte? (4) Dans la négative, quelle est la réparation juste qu'il convient d'accorder?

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté, sauf dans la mesure où la réparation qui a été accordée devrait être modifiée.

(1) Pour reconnaître l'existence d'un droit ancestral, les tribunaux se guident sur les objets que vise le paragraphe 35(1), qui sont de reconnaître «le fait qu'avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et . . . de concilier cette occupation antérieure avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien». Pour réaliser ces deux objets, on reconnaît les droits ancestraux qui satisfont au critère de savoir si une activité déterminée s'inscrit dans le cadre d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Parmi les facteurs dont il faut tenir compte pour appliquer ce critère, il y a lieu de mentionner le point de vue du peuple autochtone qui revendique le droit en question, la nature précise de la revendication, la question de savoir si le droit revendiqué revêt une importance capitale pour la collectivité autochtone qui le revendique et n'est pas simplement accessoire, la question de savoir si le droit revendiqué marque la continuité avec les coutumes qui existaient avant le contact avec les Européens, l'existence d'éléments de preuve propres au groupe autochtone qui, bien que n'étant pas nécessairement concluants, sont suffisants pour démontrer l'existence du droit et, finalement la question de savoir si le droit reflète le caractère distinctif de la culture autochtone. Il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que l'inhabilité à voter qui frappe les membres non-résidents constitue un droit ancestral qui devrait être protégé en vertu du paragraphe 35(1). Avant 1902, le choix du chef de la bande n'était pas régi par un mécanisme électoral qui prévoyait un critère de résidence. Qui plus est, il n'a pas été démontré que l'inhabilité à voter des membres non-résidents existait avant le contact avec les sociétés européennes. Faute de preuve quant à l'existence de la pratique suivie avant le contact avec les Européens, l'existence du droit à la protection du paragraphe 35(1) n'est pas établie.

L'article 25 ne peut être appliqué indépendamment du paragraphe 35(1). L'article 25 joue le rôle d'un mécanisme de protection qui fait en sorte que les autres droits

by other Charter rights. Since the right to limit voting to on-reserve members of the Band was not recognized as an Aboriginal right under subsection 35(1), section 25 did not apply. Nor was the residency requirement, as imposed by the *Indian Act*, one of the “other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada” under section 25. The purpose of section 25 is to protect those rights which belong to Aboriginal peoples as Aboriginal peoples. There was insufficient evidence to establish that the exclusion of non-resident Band members from decision making reflected the distinctive Aboriginal culture of the Band. The *Indian Act* has imposed a system of democratic election. This system was not aimed at protecting and affirming Aboriginal difference. Furthermore, the evidence did not establish that a residency requirement in democratic elections was integral to the maintenance of a distinctive form of Aboriginal government.

(2) By prohibiting non-resident band members from participating in the selection of Band council, and by denying them any participation as electors of the band, subsection 77(1) denies to non-reserve members a significant benefit of the law. Whether a particular distinction is discriminatory within subsection 15(1) is, in large part, now answered by the “enumerated and analogous grounds” approach. The right to vote had been denied on the basis of a characteristic, residence off the reserves, to which a stereotype was attached. The fear that Band members who do not live on the reserve cannot be trusted to use their electoral power in a manner consistent with the best interests of the Band was not supported by the evidence, but was based on a stereotypical assumption about the personal characteristic of non-residency, which made it a prime candidate for protection as an analogous ground. Also, discrimination on the basis of personal characteristics such as race and sex suffered by some members of the group was relevant to the analogous grounds analysis. Many non-resident Band members have suffered from historical disadvantage. The sudden increase in band members living off the reserves was largely due to Bill C-31, which was enacted to rectify historical discrimination on the basis of sex and race. Many among those who are currently denied the benefit of voting in band elections were placed in this position because of the effects of prior discriminatory legislation. That perhaps not all non-resident band members have been affected by this independent disadvantage, did not, however, negate the relevance of this factor in establishing an analogous ground. The political powerlessness of the group was a third and final factor which weighed in favour of establishing an analogous ground. The disenfranchisement of non-resident band members guarantees that they are

garantis par la Charte ne portent pas atteinte aux droits — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones. Comme le droit de limiter le droit de vote aux seuls membres de la bande qui vivent dans une réserve n’est pas reconnu comme un droit ancestral au sens du paragraphe 35(1), l’article 25 ne s’applique pas. Le critère de résidence prescrit par la *Loi sur les Indiens* ne constitue pas non plus un des «droits ou libertés [...] des peuples autochtones du Canada» au sens de l’article 25. L’article 25 a pour objet de protéger les droits qui appartiennent aux peuples autochtones en tant que peuples autochtones. On n’a pas présenté suffisamment d’éléments de preuve pour établir que l’exclusion des membres non-résidents de la bande du processus de prise de décisions reflète le caractère distinctif de la culture autochtone de la bande. La *Loi sur les Indiens* impose un système d’élections démocratiques. Ce système ne vise pas à protéger et à affirmer la spécificité autochtone. Qui plus est, la preuve ne démontre pas que le critère de résidence auquel la tenue d’élections démocratiques est assujettie fait partie intégrante du maintien d’une forme distinctive de gouvernement autochtone.

(2) En les empêchant de participer au choix de la composition du conseil de la bande et en leur refusant toute participation à titre d’électeurs de la bande, le paragraphe 77(1) frustré les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve d’un bénéfice important de la loi. L’analyse des «motifs énumérés et analogues» permet maintenant de répondre en grande partie à la question de savoir si une distinction déterminée est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1). Le droit de voter aux élections tenues au sein de la bande a été refusé sur le fondement d’une caractéristique — le fait de résider à l’extérieur d’une réserve — à laquelle un stéréotype est accolé. La crainte que les membres de la bande qui ne résident pas dans la réserve ne se servent pas de leur pouvoir électoral d’une manière qui aille dans le sens des intérêts de la bande n’est pas appuyée par la preuve, mais est fondée sur une présomption stéréotypée portant sur une caractéristique personnelle, à savoir la non-résidence, qui en fait une candidate idéale pour une protection en tant que motif analogue. En outre, on peut tenir compte, dans l’analyse des motifs analogues, des actes discriminatoires qui sont fondés sur des caractéristiques personnelles comme la race et le sexe et dont certains des membres de ce groupe sont victimes. De nombreux membres de ce groupe ont été victimes d’un désavantage historique. L’augmentation soudaine du nombre de membres vivant à l’extérieur des réserves est en grande partie attribuable au projet de loi C-31, qui a été adopté pour corriger la discrimination historique fondée sur le sexe et la race. Bon nombre de ceux qui se voient présentement refuser le droit de voter aux élections tenues au sein de la bande se sont retrouvés dans cette situation en raison des répercussions des dispositions législatives discriminatoires antérieures. Le fait que ce ne soient pas tous les membres de la bande qui vivent à

powerless to hold accountable the elected officials of the band who govern them. This Charter challenge was the only means by which the respondents could make their voices heard. The suggestion that the plaintiff group could not claim the protection of an analogous ground because they are geographically dispersed and thus not “insular”, or because the reasons for which they live off-reserve vary, was not borne out by the analogous grounds case law, which focuses on the political, social and legal disadvantage of the group, not on its characterization as “insular”. When the *indicia* of political powerlessness and historical disadvantage were added to the presence of stereotyping and the Trial Judge’s finding that residence on or off a reserve can be changed only “with considerable difficulty”, it followed that the protection of the equality guarantee had to be extended to non-resident band members. The purpose of subsection 15(1)—to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstance—was violated.

The analogy to municipal voting rights, in which residency within the territory governed by the municipality is a well-recognized limitation on voting, was inapt. The function of a municipal government is to serve a certain geographic location; the function of a band government is to serve a certain group of people, as defined by the *Indian Act*. Voting restrictions on the basis of residence are consistent with achieving the former, but they are fundamentally inconsistent with achieving the latter.

(3) Subsection 77(1) of the *Indian Act* was not saved by Charter, section 1. The goal of subsection 77(1) is of pressing and substantial importance, but it was not a reasonable limit prescribed by law because there was no rational connection between the legislative objective and the means taken to achieve it. The discriminatory prohibition on voting by off-reserve members is not justified by the fact that band governance is often concentrated on matters of interest exclusively to those on the reserve.

l’extérieur des réserves qui aient été touchés par ce désavantage indépendant n’enlève cependant rien à la pertinence de ce facteur lorsqu’il s’agit d’établir l’existence d’un motif analogue. L’impuissance politique qui caractérise le groupe en cause est le troisième et dernier facteur qui pèse en faveur de la reconnaissance de l’existence d’un motif analogue. L’émancipation des membres non-résidents de la bande fait en sorte qu’ils sont impuissants à demander des comptes aux représentants élus de la bande qui les gouvernent. La présente contestation fondée sur la Charte est le seul moyen par lequel les intimés peuvent faire entendre leur voix. L’argument que les demandeurs ne peuvent revendiquer la protection d’un motif analogue parce qu’ils sont géographiquement dispersés et qu’ils ne sont donc pas «isolés», ou parce que les raisons pour lesquelles ils vivent à l’extérieur des réserves varient, ne trouve aucun appui dans la jurisprudence relative aux motifs analogues, qui est axée sur les désavantages politiques, sociaux et juridiques du groupe qu’ils forment, et non sur sa qualification de groupe «isolé». Lorsqu’on ajoute les indices d’impuissance politique et de désavantages historiques à la présence de stéréotypes et à la conclusion du juge de première instance selon laquelle, même si ce ne sont pas tous les membres de la bande qui désirent vivre dans une réserve, la résidence dans la réserve ou à l’extérieur de celle-ci ne peut être modifiée «qu’au prix de difficultés considérables», il s’ensuit que la protection de la garantie d’égalité doit être accordée aux membres de la bande qui ne vivent pas dans les réserves de la bande. On a contrevenu en l’espèce à l’objet du paragraphe 15(1), à savoir empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l’imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques d’un groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances.

L’analogie avec le droit de vote aux élections municipales, lors desquelles la résidence sur le territoire administré par la municipalité constitue une restriction bien connue au droit de vote, est inexacte. Le rôle d’un gouvernement municipal consiste à desservir un certain lieu géographique, tandis que le rôle du gouvernement d’une bande est de servir un certain groupe de personnes, au sens de la *Loi sur les Indiens*. Les restrictions qui sont apportées au droit de vote sur le fondement du lieu de résidence se justifient dans le premier cas, mais elles sont fondamentalement incompatibles avec l’atteinte des objectifs visés dans le second cas.

(3) Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* n’est pas sauvegardé par l’article premier de la Charte. L’objet du paragraphe 77(1) est d’une importance urgente et réelle, mais la restriction prévue au paragraphe 77(1) ne constitue pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, parce qu’il n’existe pas de lien rationnel entre l’objectif poursuivi par le législateur et les moyens qu’il a pris pour l’atteindre. L’interdiction discriminatoire de voter qui est faite aux membres de la bande qui ne rési-

Band members who do not live on the reserve continue to be vitally interested in and concerned with issues and decisions relating to it. The *Indian Act* specifies that a reserve is for the use and benefit of all band members, regardless of their place of residence. The purpose of subsection 77(1) was to establish a voting regime in which all those who are affected by the outcome of the vote were entitled to participate. Those who do not live on the reserve are bound by the decisions of the chief and the band council in so far as those decisions may impact on them, but they lack the ability to hold the chief and the band council accountable. To exclude non-resident band members from participating in their selection is therefore, contrary to the principles on which the electoral provisions of the *Indian Act* were built.

(4) This was an appropriate case to grant a constitutional exemption. The purpose of the constitutional exemption is to ensure that applications of a particular law which offend the Charter are remedied only to the extent of their inconsistency with the Charter. This was not a case where the history of another Band was placed before the Court. To strike down subsection 77(1) in respect of all bands, regardless of whether they are able to prove, on the basis of their individual histories, a claim for an Aboriginal right to exclude non-resident members from decision-making would overshoot the mandate of *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1). With respect only to the Band, the words "and is ordinarily resident on the reserve" within subsection 77(1) are of no force and effect. Charter, subsection 24(1) provides that anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by the Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances. The remedy should thus be granted on an individual band basis instead of being achieved as a consequence of a partial declaration of invalidity of subsection 77(1) under *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1). Since other bands and the legislation itself are generally not affected by this exemption, there was no need to suspend the operation of the decision.

dent pas dans une réserve n'est pas justifiée par le fait que le gouvernement de la bande est souvent axé principalement sur des questions qui intéressent exclusivement ceux qui se trouvent dans la réserve. Les membres de la bande qui ne vivent pas dans la réserve continuent à être extrêmement intéressés et concernés par les questions et les décisions qui les touchent. La *Loi sur les Indiens* précise que les réserves sont à l'usage et au profit de tous les membres de la bande, indépendamment de leur lieu de résidence. Le paragraphe 77(1) a pour objet d'instaurer un régime électoral auquel tous ceux qui sont touchés par l'issue du scrutin ont le droit de participer. Les membres non-résidents sont liés par les décisions du chef et du conseil de la bande dans la mesure où ces décisions peuvent avoir des incidences sur eux, mais ils n'ont pas le pouvoir d'obliger le chef et les membres du conseil de la bande à leur rendre des comptes. Interdire aux membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve le droit de participer au choix de ces personnes va par conséquent à l'encontre des principes sur lesquels reposent les dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens*.

(4) La présente affaire se prête à l'octroi d'une exemption constitutionnelle. La raison d'être de l'exemption constitutionnelle est de garantir qu'on ne peut corriger les violations de la Charte découlant des applications d'une règle de droit déterminée que dans la mesure de leur incompatibilité avec la Charte. L'histoire d'autres bandes n'a pas été relatée devant la Cour. Déclarer le paragraphe 77(1) inopérant en ce qui concerne toutes les bandes, indépendamment de la question de savoir si elles peuvent réussir à établir, sur le fondement de leur histoire respective, le bien-fondé de leur droit ancestral d'exclure les membres non-résidents du processus de prise de décisions, déborderait le cadre du mandat prévu au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les mots «et réside ordinairement dans la réserve» contenus au paragraphe 77(1) sont déclarés inopérants uniquement en ce qui concerne la bande. Le paragraphe 24(1) de la Charte prévoit que toute personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la Charte peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. La réparation devrait donc être accordée en fonction de la situation de chaque bande et non découler d'une déclaration partielle d'invalidité du paragraphe 77(1) prononcée en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme les autres bandes et la disposition législative elle-même ne sont en règle générale pas visées par cette exemption, il n'est pas nécessaire de suspendre l'effet de la décision.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act for the better protection of the Lands and Property of the Indians in Lower Canada*, S.C. 1850, c. 42.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S.C. 1850, ch. 42.

*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 3, 7, 11(d), 15, 24(1), 25 (as am. by SI/84-102, s. 1), 33.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35(1), 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 246.6 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 241(b), 276.  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(a),(b).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "elector" (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1), "Indian moneys", "reserve" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), 39(1) (as am. *idem*, s. 3), 61(1), 64(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10), 66(1), 74(1), 77(1) (as am. *idem*, s. 14), 81(1) (as am. *idem*, s. 15).  
*Indian Act (The)*, S.C. 1951, c. 29, s. 76.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33.  
*Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 3, 7, 11d), 15, 24(1), 25 (mod. par TR/84-102, art. 1), 33.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b), 276.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 246.6 (édité par S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1), 52.  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27.  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «argent des Indiens», «électeur» (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 1), «réserve» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), 39(1) (mod., *idem*, art. 3), 61(1), 64(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10), 66(1), 74(1), 77(1) (mod., *idem*, art. 14), 81(1) (mod., *idem*, art. 15).  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 76.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 12(1)a), b).  
*Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; [1993] 5 W.W.R. 97; 30 B.C.A.C. 1; 49 W.A.C. 1 (B.C.C.A.); *R. v. Steinhauer* (1985), 63 A.R. 381; [1985] 3 C.N.L.R. 187; 15 C.R.R. 175 (Q.B.); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Schachtschneider v. Canada*, [1994] 1 F.C. 40; (1993), 105 D.L.R. (4th) 162; [1993] 2 C.T.C. 178;

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470; [1993] 5 W.W.R. 97; 30 B.C.A.C. 1; 49 W.A.C. 1 (C.A.C.-B.); *R. v. Steinhauer* (1985), 63 A.R. 381; [1985] 3 C.N.L.R. 187; 15 C.R.R. 175 (B.R.); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 1; *Schachtschneider c. Canada*, [1994] 1 C.F. 40; (1993), 105 D.L.R. (4th) 162; [1993] 2 C.T.C. 178;

93 DTC 5298; 154 N.R. 321 (C.A.); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks* (1993), 119 N.S.R. (2d) 91; 101 D.L.R. (4th) 224; 330 A.P.R. 91; 30 R.P.R. (2d) 146 (C.A.); *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

## CONSIDERED:

*Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 (Aust. H.C.); *R. v. Nicholas and Bear et al.* (1988), 91 N.B.R. (2d) 248; 232 A.P.R. 248; [1989] 2 C.N.L.R. 131 (Q.B.); *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; *Seaboyer and The Queen, Re* (1987), 61 O.R. (2d) 290; 37 C.C.C. (3d) 53; 58 C.R. (3d) 289; 35 C.R.R. 300; 20 O.A.C. 345 (C.A.); *affd R. v. Seaboyer; R. v. Gayme*, [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *R. v. Westfair Foods Ltd. and Canada Safeway Ltd.* (1987), 58 Sask. R. 274 (Q.B.); *vard R. v. Westfair Foods Ltd. and Canada Safeway Ltd.* (1989), 80 Sask. R. 33; 65 D.L.R. (4th) 56 (C.A.); *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; 389 A.P.R. 182; 29 C.R.R. (2d) 336 (Nfld. C.A.); *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 70; (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; 37 C.C.E.L. 135; 91 CLLC 14,026; 4 C.R.R. (2d) 30; 125 N.R. 241.

## REFERRED TO:

*Sawridge Band v. Canada*, [1996] 1 F.C. 3; [1995] 4 C.N.L.R. 121; (1995), 97 F.T.R. 161 (T.D.); *Goodswimmer v. Canada (Attorney General)*, [1995] 2 F.C. 389; (1995), 123 D.L.R. (4th) 93; [1995] 3 C.N.L.R. 72; 180 N.R. 184 (C.A.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *R. v. Videoflicks Ltd. et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; 14 D.L.R. (4th) 10; 15 C.C.C. (3d) 353; 9 C.R.R. 193; 5 O.A.C. 1; 34 R.P.R. 97 (C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R.

93 DTC 5298; 154 N.R. 321 (C.A.); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks* (1993), 119 N.S.R. (2d) 91; 101 D.L.R. (4th) 224; 330 A.P.R. 91; 30 R.P.R. (2d) 146 (C.A.); *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Mabo v. Queensland [No. 2]* (1992), 175 C.L.R. 1 (H.C. Aust.); *R. c. Nicholas et Bear et autres* (1988), 91 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 248; 232 A.P.R. 248; [1989] 2 C.N.L.R. 131 (B.R.); *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; (1991), 3 O.R. (3d) 511; 81 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 14,029; 4 C.R.R. (2d) 193; 126 N.R. 161; 48 O.A.C. 241; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; *Seaboyer and The Queen, Re* (1987), 61 O.R. (2d) 290; 37 C.C.C. (3d) 53; 58 C.R. (3d) 289; 35 C.R.R. 300; 20 O.A.C. 345 (C.A.); *conf. par R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*, [1991] 2 R.C.S. 577; (1991), 83 D.L.R. (4th) 193; 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *R. v. Westfair Foods Ltd. and Canada Safeway Ltd.* (1987), 58 Sask. R. 274 (B.R.); *mod. par R. v. Westfair Foods Ltd. and Canada Safeway Ltd.* (1989), 80 Sask. R. 33; 65 D.L.R. (4th) 56 (C.A.); *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; 389 A.P.R. 182; 29 C.R.R. (2d) 336 (C.A.T.-N.); *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 70; (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; 37 C.C.E.L. 135; 91 CLLC 14,026; 4 C.R.R. (2d) 30; 125 N.R. 241.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Bande de Sawridge c. Canada*, [1996] 1 C.F. 3; [1995] 4 C.N.L.R. 121; (1995), 97 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Goodswimmer c. Canada (Procureur général)*, [1995] 2 C.F. 389; (1995), 123 D.L.R. (4th) 93; [1995] 3 C.N.L.R. 72; 180 N.R. 184 (C.A.); *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *R. v. Videoflicks Ltd. et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; 14 D.L.R. (4th) 10; 15 C.C.C. (3d) 353; 9 C.R.R. 193; 5 O.A.C. 1; 34 R.P.R. 97 (C.A.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295;

161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

(1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81.

## AUTHORS CITED

- Beatty, David M. "The Canadian Conception of Equality" (1996), 46 *U.T.L.J.* 349.
- Boyer, J. Patrick. *Political Rights: The Legal Framework of Elections in Canada*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *Impacts of the 1985 Amendments to the Indian Act (Bill C-31)*. Ottawa: DIAND, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Isaac, Thomas F. *Aboriginal Law: Cases, Material and Commentary*. Saskatoon: Purich Publishing, 1995.
- Macklem, Patrick. "Aboriginal Peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution", [1992] *U.B.C.L. Rev. (Special Edition: Aboriginal Justice)* 280.
- Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982*: Part I — The Interpretive Prism of Section 25" (1988), 22 *U.B.C.L. Rev.* 21.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1978.

APPEAL from trial judgment (*Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1994] 1 F.C. 394; (1993), 107 D.L.R. (4th) 582; [1994] 1 C.N.L.R. 71; 18 C.R.R. (2d) 354; 67 F.T.R. 81 (T.D.)) finding that in this case *Indian Act*, subsection 77(1) (which requires that Band members be "ordinarily resident" on the reserve to vote in Band council elections) violated the guarantee under Charter, section 15, of equal protection and equal benefit of the law. Appeal dismissed but the remedy granted was modified.

## COUNSEL:

*John B. Edmond* for appellant (defendant) Her Majesty the Queen.

## DOCTRINE

- Beatty, David M. «The Canadian Conception of Equality» (1996), 46 *U.T.L.J.* 349.
- Boyer, J. Patrick. *Political Rights: The Legal Framework of Elections in Canada*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *Répercussions des modifications de 1985 à la Loi sur les Indiens (projet de loi C-31)*. Ottawa, MAINC, 1990.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1992.
- Isaac, Thomas F. *Aboriginal Law: Cases, Material and Commentary*. Saskatoon: Purich Publishing, 1995.
- Macklem, Patrick. «Aboriginal Peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution», [1992] *U.B.C.L. Rev. (Special Edition: Aboriginal Justice)* 280.
- Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982*: Part I — The Interpretive Prism of Section 25» (1988), 22 *U.B.C.L. Rev.* 21.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1995.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1978.

APPEL d'un jugement (*Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1994] 1 C.F. 394; (1993), 107 D.L.R. (4th) 582; [1994] 1 C.N.L.R. 71; 18 C.R.R. (2d) 354; 67 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.)) par lequel la Section de première instance a conclu qu'en l'espèce, le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* (qui exige que les membres d'une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter aux élections tenues au sein du conseil de la bande) violait le droit à l'égalité devant la loi et le droit à la protection égale de la loi garantis par l'article 15 de la Charte. L'appel est rejeté, mais la réparation qui a été accordée est modifiée.

## AVOCATS:

*John B. Edmond* pour l'appelante (défenderesse) Sa Majesté la Reine.

*William B. Henderson* for appellant (defendant)  
Batchewana Indian Band.

*Gary E. Corbiere* for respondents (plaintiffs).

*Robert A. Milen* and *Mervin C. Phillips* for  
intervenor (Congress of Aboriginal Peoples).

*Mary Eberts* and *Lucy K. McSweeney* for  
intervenor (Native Women's Association of  
Canada).

*Martin J. Henderson*, *Philip P. Healey* and  
*Catherine M. Twinn* for intervenor (Lesser  
Slave Lake Indian Regional Council).

*William B. Henderson* pour l'appelante (défen-  
deresse) la bande indienne de Batchewana.

*Gary E. Corbiere* pour les intimés  
(demandeurs).

*Robert A. Milen* et *Mervin C. Phillips* pour  
l'intervenant (Congrès des peuples autochtones).

*Mary Eberts* et *Lucy K. McSweeney* pour l'in-  
tervenante (Native Women's Association of  
Canada).

*Martin J. Henderson*, *Philip P. Healey* et  
*Catherine M. Twinn* pour l'intervenante (Lesser  
Slave Lake Indian Regional Council).

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appel-  
lant (defendant) Her Majesty the Queen.

*William B. Henderson*, Toronto, for appellant  
(defendant) Batchewana Indian Band.

*G. E. Corbiere*, Sutton West, Ontario, for  
respondents (plaintiffs).

*Phillips & Milen*, Regina, for intervenor (Cong-  
ress of Aboriginal Peoples).

*Eberts, Symes, Street & Corbett*, Toronto, for  
intervenor (Native Women's Association of  
Canada).

*Aird & Berlis*, Toronto and *Catherine Twinn*,  
Slave Lake, Alberta, for intervenor (Lesser  
Slave Lake Indian Regional Council).

*The following are the reasons for judgment ren-  
dered in English by*

- 1 THE COURT: The issue in this appeal [[1994] 1  
F.C. 394] is whether subsection 77(1) of the *Indian  
Act*,<sup>1</sup> which requires that band members be "ordinar-  
ily resident" on the reserve in order to vote in band  
council elections, contravenes subsection 15(1) of  
the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*  
[being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule  
B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11, (U.K.) [R.S.C.,  
1985, Appendix II, No. 44]] which reads:

15. (1) Every individual is equal before and under the  
law and has the right to the equal protection and equal  
benefit of the law without discrimination and, in particu-

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour  
l'appelante (défenderesse) Sa Majesté la Reine.

*William B. Henderson*, Toronto, pour l'appelante  
(défenderesse) la bande indienne de  
Batchewana.

*G. E. Corbiere*, Sutton West (Ontario), pour les  
intimés (demandeurs).

*Phillips & Milen*, Regina, pour l'intervenant  
(Congrès des peuples autochtones).

*Eberts, Symes, Street & Corbett*, Toronto, pour  
l'intervenante (Native Women's Association of  
Canada).

*Aird & Berlis*, Toronto et *Catherine Twinn*,  
Slave Lake (Alberta), pour l'intervenante  
(Lesser Slave Lake Indian Regional Council).

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

- 1 LA COUR: La question en litige dans le présent  
appel [[1994] 1 C.F. 394] est celle de savoir si le  
paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup>, qui  
exige que les membres d'une bande «réside[nt]  
ordinairement» dans une réserve pour être habiles à  
voter aux élections tenues au sein du conseil de la  
bande, contrevient au paragraphe 15(1) de la *Charte  
canadienne des droits et libertés* [qui constitue la  
Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe  
B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)  
[L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qui dispose:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'appli-  
que également à tous, et tous ont droit à la même protec-  
tion et au même bénéfice de la loi, indépendamment de

lar, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

This is not an ordinary section 15 case, however, because it requires an analysis of section 25 [as am. by SI/84-102, s. 1] of the Charter and subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] to see whether section 15 is applicable in these circumstances.

2 Involved in this appeal is a consideration of conflicting visions of Indian band democracy. One of the conflicting visions, the conventional one, is advanced by the Government of Canada and the Batchewana Indian Band (the Band), the appellant, and the Lesser Slave Lake Indian Regional Council<sup>2</sup> (LSLIRC), which has intervened in support of the appellant. The appellant and the LSLIRC support the residency requirement embodied in subsection 77(1) as a means of ensuring that those who vote in Band elections and as electors of the Band have an interest in and attachment to the community and culture of the Band, something they contend is central to its health and survival. Residence on the reserve, they argue, is fundamental to a connection with the Band, which is vital if the native culture is to flourish.

3 The other vision of democracy is advocated by John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson and Frank Nolan, the respondents on this appeal. They are all members of the Band. With the exception of John Corbiere, they do not live on the reserves of the Band. Along with the intervenor Council of Aboriginal Peoples (CAP) and the intervenor Native Women's Association of Canada (NWAC), they challenge the residency requirement as an affront to the entitlement of all band members to participate in all aspects of the life of the band to which they belong, something they believe will lead to a richer future for the native culture. CAP is a

toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La présente affaire, qui met en cause l'article 15, n'est toutefois pas une affaire habituelle, étant donné qu'elle exige que l'on analyse l'article 25 [mod. par TR/84-102, art. 1] de la Charte et le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] pour déterminer si l'article 15 s'applique, eu égard aux circonstances.

2 Le présent appel implique l'examen de conceptions opposées de la démocratie au sein des bandes indiennes. Une de ces conceptions, la conception traditionnelle, est avancée par le gouvernement du Canada et la bande indienne de Batchewana (la bande), l'appelante, ainsi que par le Lesser Slave Lake Indian Regional Council<sup>2</sup> (le conseil régional), qui est intervenu à l'instance en faveur de l'appelante. L'appelante et le conseil régional appuient le critère de résidence prévu au paragraphe 77(1) au motif qu'il constitue un moyen de s'assurer que ceux qui votent lors des élections tenues au sein de la bande à titre d'électeurs de la bande ont un intérêt dans la collectivité et la culture de la bande et que celles-ci leur tiennent à cœur. Ils affirment que cet intérêt et cet attachement sont essentiels à la santé et à la survie de la bande. Selon eux, pour maintenir des liens avec la bande, il est essentiel d'y résider, et ces liens sont essentiels à l'épanouissement de la culture autochtone.

3 L'autre conception de la démocratie est défendue par John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson et Frank Nolan, les intimés dans le présent appel. Ils sont tous membres de la bande et, à l'exception de John Corbiere, ils ne vivent pas dans les réserves de la bande. De concert avec les intervenants, le Congrès des peuples autochtones (le Congrès) et la Native Women's Association of Canada (l'Association), ils contestent le critère de résidence, au motif qu'il constitue un affront au droit de l'ensemble des membres de la bande de participer à tous les aspects de la vie de la bande à laquelle ils appartiennent. Ils ajoutent que cette participation ne

national organization which represents approximately 750,000 off-reserve and non-status Indian and Métis people. NWAC is also a national organization which, since 1974, has represented a conglomeration of smaller provincial, territorial and regional women's associations. Its members are predominantly status Indians living on and off-reserve, many of whom have been reinstated to band membership under *An Act to amend the Indian Act* (Bill C-31).<sup>3</sup>

peut que contribuer à l'enrichissement de la culture autochtone. Le Congrès est un organisme national qui représente environ 750 000 Indiens vivant à l'extérieur des réserves, Indiens non inscrits et Métis. L'Association est elle aussi un organisme national; elle représente depuis 1974 un regroupement d'associations provinciales, territoriales et régionales composées de femmes autochtones. Elle est constituée en majorité d'Indiennes inscrites qui vivent dans des réserves et à l'extérieur de celles-ci et dont l'admissibilité au sein des bandes indiennes de beaucoup d'entre elles a été rétablie en vertu de la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens* (le projet de loi C-31)<sup>3</sup>.

4 The Trial Judge in this case held that there had been a violation of section 15 and fashioned a complex remedy, the operation of which was suspended, pending disposition of the appeal. We are in substantial agreement with his conclusions, but feel some variation of the remedy is required in light of new jurisprudence and new arguments made before us.

En l'espèce, le juge de première instance a statué qu'il y avait eu contravention à l'article 15. Il a accordé une réparation complexe dont il a suspendu l'exécution jusqu'au prononcé d'une décision dans le présent appel. Nous souscrivons pour l'essentiel à son dispositif, mais nous estimons qu'il convient de modifier quelque peu la réparation qu'il a accordée, compte tenu de la jurisprudence la plus récente et des nouveaux moyens qui ont été invoqués devant nous.

5 Subsection 77(1) of the *Indian Act* provides that:

Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* dispose:

77. (1) A member of a band who has attained the age of eighteen years and is ordinarily resident on the reserve is qualified to vote for a person nominated to be chief of the band and, where the reserve for voting purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors.

77. (1) Un membre d'une bande, qui a au moins dix-huit ans et réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la réserve aux fins d'élection, ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers.

The function of the chief and the band council generally is to manage affairs on the reserve and to make decisions concerning the land and money of the band, subject to the authorization of the Minister of Indian Affairs and Northern Development (the Minister).

La fonction du chef et des conseillers de la bande consiste de façon générale à administrer les affaires courantes de la réserve et à prendre des décisions au sujet des terres et de l'argent de la bande, sous réserve de l'autorisation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministre).

6 Subsection 77(1) also prevents members not ordinarily resident on the reserve from voting as "electors" in any referenda or other direct vote, because subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1] of the *Indian Act* defines an "elector" as:

Le paragraphe 77(1) empêche par ailleurs les membres qui ne résident pas ordinairement dans la réserve de voter à titre d'«électeurs» lors de tout référendum ou autre scrutin direct, en raison de la définition suivante du terme «électeur» que l'on trouve au paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 1] de la *Loi sur les Indiens*:

## 2. (1) In this Act

. . .

“elector” means a person who

- (a) is registered on a Band List,
- (b) is of the full age of eighteen years, and
- (c) is not disqualified from voting at band elections;

Non-resident band members, therefore, are disqualified from voting at band elections and are also unable to qualify as “electors” in other types of democratic exercises.

7 The respondents on this appeal do not seek a declaration of invalidity under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, but only an exemption from its operation against them so as to allow off-reserve band members to vote. This is based on the recognition that the factual circumstances and history of each band governed by the *Indian Act* are different. They have argued that, by denying non-resident members of the Band the ability to participate in Band governance, subsection 77(1) violates their equality rights because it denies them a benefit, the right to vote, on the basis of an irrelevant personal characteristic, that is, non-residency on the reserve. They complain that, although all members of the Band are affected by the decisions of the Band government, only those members who live on the reserve are able to decide who will make up the Band Council and take part in Band decision making as “electors”. Correcting this discrimination, they say, requires a remedy which enables them to vote at the next election scheduled in December, 1996 and thereafter. The appellant disagrees, contending that the Trial Judge erred in granting a remedy. Their arguments will be outlined in relation to each issue.

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

«électeur» Personne qui remplit les conditions suivantes:

- a) être inscrit sur une liste de bande;
- b) avoir dix-huit ans;
- c) ne pas avoir perdu son droit de vote aux élections de la bande.

Les membres d'une bande qui ne résident pas dans une réserve n'ont donc pas le droit de voter aux élections tenues au sein de la bande et ils ne remplissent pas non plus les conditions requises pour être considérés comme des «électeurs» dans les autres modes de scrutin démocratiques.

7 Dans le présent appel, les intimés ne concluent pas au prononcé d'un jugement déclarant le paragraphe 77(1) inopérant en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ils demandent simplement d'être soustraits à l'application de ce paragraphe pour permettre aux membres de la bande qui vivent à l'extérieur de la réserve de voter. Cette conclusion repose sur la reconnaissance du fait que la situation factuelle et l'histoire de chacune des bandes régies par la *Loi sur les Indiens* sont différentes. Ils font valoir qu'en frustrant les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve du droit de participer au gouvernement de la bande, le paragraphe 77(1) viole leurs droits à l'égalité, étant donné qu'il leur refuse un bénéfice—le droit de vote—sur le fondement d'une caractéristique personnelle non pertinente, à savoir le fait de ne pas résider dans une réserve. Ils se plaignent du fait que, bien que tous les membres de la bande soient touchés par les décisions prises par la bande, seuls les membres qui vivent dans une réserve peuvent décider de la composition du conseil de bande et prendre part au processus de prise de décisions de la bande à titre d'«électeurs». Ils affirment que, pour corriger cette situation discriminatoire, le tribunal doit leur accorder une réparation qui leur permette de voter lors des prochaines élections prévues pour le mois de décembre 1996 et lors des élections suivantes. L'appelante n'est pas d'accord avec ces prétentions; elle affirme que le juge de première instance a commis une erreur en accordant une réparation. Les préten-

8 Before addressing the section 15 analysis, it is first necessary to review the background of the Band and then to determine whether section 15 applies in the face of subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and section 25 of the Charter, the latter issues not having been argued at trial.

### BACKGROUND

9 In order to understand this appeal, the present circumstances of the Band should be described. In 1991, the Band was comprised of 1,426 members, 468 on the reserve and 958 off the reserve.<sup>4</sup> The Band currently has three reserves located on and around the east shores of Lake Superior: the Rankin Reserve; the Goulais Bay Reserve and the Obadjiwan Reserve. They are 3,743 acres, 1,995 acres and 167 acres in size respectively. The Rankin Reserve is located in close proximity to the City of Sault Ste Marie, while the other two reserves are north of the City in a more rural setting. The on-reserve population of the Band lives primarily on the Rankin Reserve, where, at the time the *Bill C-31 Impact Study* on the Band was released, there were 134 housing units with an average household density of approximately 3 persons per household.<sup>5</sup> Services available on the Rankin Reserve include a day care which has a capacity of 40 children and a junior school which has a capacity of 16 children. Recreation programs also exist on the reserve for all Band youth. Students attending elementary and secondary schools off the reserve are transported by a band-owned school bus. The Band also administers education funds provided for students attending post-secondary schools. The Band relies on a Registered Nursing Assistant to attend to the health and welfare needs of the Batchewana community. Hospital services are supplied by Sault Ste Marie hospitals. Other services such as fire protection and policing are provided by Sault Ste Marie departments. Band funds are received through the Department of Indian Affairs and Northern Affairs (DIAND), federal and provincial government agencies and Band operated

tions et les moyens des parties seront exposés relativement à chaque question en litige.

8 Avant de passer à l'analyse fondée sur l'article 15, il est d'abord nécessaire d'exposer la situation générale de la bande pour ensuite déterminer si l'article 15 s'applique, eu égard au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à l'article 25 de la Charte. Il convient de signaler que ces dernières questions n'ont pas été débattues au procès.

### CONTEXTE

9 Pour bien comprendre le présent appel, il convient d'exposer la situation actuelle de la bande. En 1991, la bande comptait 1 426 membres, dont 468 résidaient dans la réserve et 958 à l'extérieur de celle-ci<sup>4</sup>. La bande possède actuellement trois réserves qui sont situées sur la rive est du lac Supérieur ou dans les environs de celui-ci: la réserve de Rankin, la réserve de Goulais Bay et la réserve d'Obadjiwan. Ces réserves ont une superficie de 3 743 acres, 1 995 acres et 167 acres respectivement. La réserve de Rankin est située tout près de la ville de Sault Ste Marie, tandis que les deux autres réserves sont situées au nord de la ville dans un milieu un peu plus rural. Les membres de la bande qui résident dans des réserves se retrouvent principalement dans la réserve de Rankin où, au moment où l'*Étude d'impacts du projet de loi C-31* a été publiée, il y avait 134 unités de logement et un densité moyenne d'environ trois personnes par ménage<sup>5</sup>. Parmi les services qui sont offerts dans la réserve de Rankin, mentionnons une garderie, qui peut accueillir 40 enfants, et une école primaire de premier cycle, qui peut recevoir 16 enfants. Des programmes de loisirs y sont également offerts à l'intention de l'ensemble des jeunes de la bande. Les étudiants qui fréquentent les écoles élémentaires et secondaires à l'extérieur de la réserve sont transportés par un autobus d'écoliers qui appartient à la bande. La bande gère également les fonds consacrés à l'éducation qui lui sont versés à l'intention des étudiants qui fréquentent des écoles post-secondaires. La bande bénéficie des services d'une infirmière auxiliaire autorisée, qui s'occupe de la santé et du bien-être de la collectivité de Batchewana. Les services hospitaliers sont assu-

activities.<sup>6</sup> Between 1985 and 1989, the “fastest growing source of band income” has been Band operated activities.<sup>7</sup> The Band’s largest expenditure in 1992 was for education.<sup>8</sup>

rés par les hôpitaux de la ville de Sault Ste Marie. D’autres services, tels que le service de protection contre les incendies et les services de maintien de l’ordre, sont également assurés par la ville de Sault Ste Marie. L’argent que la bande reçoit provient du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le Ministère), d’organismes du gouvernement fédéral et du gouvernement provincial et des activités de la bande elle-même<sup>6</sup>. Entre 1985 et 1989, ce sont les activités organisées par la bande qui représentaient [TRADUCTION] «la source de revenu de la bande qui connaît la croissance la plus rapide»<sup>7</sup>. En 1992, c’est l’éducation qui constituait le poste de dépense le plus important de la bande<sup>8</sup>.

10 Historically, the lands of the Band were located north of Sault Ste Marie on the east shore of Lake Superior. The Band surrendered most of its original land through the Robinson-Huron Treaty of 1850 and the Pennefather Treaty of 1859. Following these two treaties, the Band was left with only one reserve on an island in the St. Mary’s River. Beginning in 1879, attempts were made to try to expand the land base of the Band with the purchase of some small reserves. In 1952, a larger reserve at Rankin was established for the Band. Prior to the creation of this reserve, however, many Batchewana Band members had been living nearby on the reserve of another band, the Garden River Reserve. A majority of the Band members did not live on their own reserves.<sup>9</sup> It was not until an ambitious housing program was implemented at the newly created Rankin Reserve that the proportion of on-reserve members increased to the point where, in 1985, 69% of the membership lived on reserves of the Band.

Historiquement, les terres de la bande étaient situées au nord de Sault Ste Marie sur la rive est du lac Supérieur. La bande a cédé la plus grande partie de son territoire original aux termes du Traité Robinson-Huron de 1850 et du Traité Pennefather de 1859. Par suite de la signature de ces deux traités, la bande s’est retrouvée avec une seule réserve sur une île située sur la rivière St. Mary’s. À compter de 1879, la bande a essayé d’agrandir son territoire en achetant de petites réserves. En 1952, une réserve importante a été établie pour la bande à Rankin. Toutefois, avant la création de cette réserve, bon nombre de membres de la bande de Batchewana vivaient dans la réserve d’une autre bande, la réserve de Garden River. La plupart des membres de la bande ne vivaient pas dans leurs propres réserves<sup>9</sup>. Il a fallu attendre le lancement d’un ambitieux programme de logement dans la nouvelle réserve de Rankin pour que la proportion de membres résidant dans la réserve augmente au point où, en 1985, 69 pour 100 des membres de la bande habitaient dans des réserves de la bande.

11 The ratio was reversed by 1991, however, when 68% of the Band members were again living off the reserves. This was largely due to the sharp increase in Band membership which occurred as a result of amendments to the *Indian Act* in 1985, usually described as Bill C-31.<sup>10</sup> These amendments sought to correct the discriminatory effects of the old “marrying-out” and “enfranchisement” provisions of the *Indian Act* by reinstating to Indian status those

La situation a cependant de nouveau été inversée en 1991, année où 68 pour 100 des membres de la bande vivaient une fois de plus à l’extérieur des réserves. Cette situation s’explique en grande partie par l’augmentation rapide du nombre de membres, augmentation attribuable aux modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* (ce qu’on appelle couramment le projet de loi C-31)<sup>10</sup>. Ces modifications visaient à corriger les effets discriminatoires

who had lost their status as a result of these provisions. It also granted status to the children of those persons. As noted by the Trial Judge, "in the period [between] 1985-1989, of the total growth of 678 in Band membership, 574 were brought in by virtue of Bill C-31".<sup>11</sup>

- 12 According to the *Indian Act*, all members of a band, whether they live on or off the reserve, are entitled to the benefits of band membership. A reserve is for the use and benefit of the band as a whole.<sup>12</sup> Indian moneys held by Her Majesty are to be used for the benefit of the band.<sup>13</sup> All members of the band are entitled to a share in the proceeds of any disposition of lands held by the band.

Subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*

- 13 It was argued on this appeal by the intervenor LSLIRC that the right to determine membership and the incidents of membership, such as voting eligibility, are Aboriginal rights which ought to be protected under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.<sup>14</sup> Specifically, it was asserted that the rights to determine membership and the incidents of membership arise out of the nature of Aboriginal title. The effect of recognizing such rights under subsection 35(1) would be to bring them within the protective sphere of section 25, which would in turn require the equality guarantee to be construed so as not to "abrogate or derogate" from the Aboriginal rights.

- 14 Subsection 35(1) provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

des anciennes dispositions de la *Loi sur les Indiens* portant sur les «mariages mixtes» et l'«émancipation» en rétablissant l'admissibilité au sein des bandes des Indiens qui avaient perdu leur statut en raison des dispositions en question. Les enfants de ces personnes recouvraient également le statut d'Indiens grâce à ces modifications. Ainsi que le juge de première instance l'a fait remarquer: «sur les 678 nouveaux membres enregistrés entre 1985 et 1989, 574 l'ont été en raison du projet de loi C-31»<sup>11</sup>.

Suivant la *Loi sur les Indiens*, tous les membres d'une bande, qu'ils résident dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci, ont droit aux avantages découlant de l'appartenance à la bande. Ainsi, les réserves servent à l'usage et au profit de l'ensemble des membres de la bande<sup>12</sup>. L'argent des Indiens détenu par Sa Majesté doit être utilisé au profit de la bande<sup>13</sup>. Tous les membres de la bande ont le droit de recevoir une quote-part du produit de la disposition des terres détenues par la bande.

Paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*

Le conseil régional intervenant fait valoir dans le présent appel que le droit de déterminer l'appartenance à la bande et les avantages y afférents, comme l'admissibilité au droit de suffrage, sont des droits ancestraux qui devraient être protégés en vertu du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>14</sup>. Plus précisément, l'intervenant affirme que le droit de fixer les règles d'appartenance à la bande et les avantages y afférents découlent de la nature du titre autochtone. S'ils étaient reconnus en vertu du paragraphe 35(1), ces droits bénéficieraient de la protection de l'article 25, lequel exigerait à son tour que la garantie d'égalité soit interprétée de manière à ne pas «porter atteinte» aux droits ancestraux.

Le paragraphe 35(1) dispose:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) “treaty rights” includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits—ancestraux ou issus de traités—visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

15 The general framework of subsection 35(1) was outlined in *R. v. Sparrow*.<sup>15</sup> First, it must be established that the applicant is acting pursuant to an Aboriginal right; second, it must be determined whether the right has been extinguished; and third, possible justification of that infringement will be considered. Only if the existence of an Aboriginal right protected by subsection 35(1) is established, however, will the Court be required to undertake the second and third steps. In *R. v. Van der Peet*,<sup>16</sup> the Supreme Court of Canada recently articulated the approach to be taken in establishing the existence of an Aboriginal right. Courts are to be guided and informed by the purposes for which subsection 35(1) was designed, namely, to recognize “the fact that prior to the arrival of Europeans in North America the land was already occupied by distinctive aboriginal societies, and as . . . the means by which that prior occupation is reconciled with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory”.<sup>17</sup> These dual purposes are to be fulfilled by recognizing those Aboriginal rights which meet the following test: “in order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right”.<sup>18</sup> A number of factors are to be considered when applying this test, some of which are particularly helpful in this case. These factors include: the perspective of the Aboriginal people claiming the right, the precise nature of the claim being made; whether the right claimed is of central significance to the Aboriginal society in question and not merely incidental; whether the right claimed has continuity with practices which existed prior to contact; the availability of evidence specific to the Aboriginal group which, although not necessarily conclusive, is sufficient to demonstrate the existence of the right; and, finally, whether the right reflects the distinctive nature of the Aboriginal

15 L’économie générale du paragraphe 35(1) a été analysée dans l’arrêt *R. c. Sparrow*.<sup>15</sup> En premier lieu, il faut établir que le requérant agit en vertu d’un droit ancestral; deuxièmement, il faut déterminer si ce droit a été éteint; troisièmement, le tribunal doit examiner si l’atteinte à ce droit peut se justifier. Ce n’est toutefois que si l’existence d’un droit ancestral protégé par le paragraphe 35(1) est établie que le tribunal peut passer à la deuxième et à la troisième étapes de cette analyse. Dans l’arrêt *R. c. Van der Peet*<sup>16</sup>, la Cour suprême du Canada a récemment précisé la marche à suivre pour établir l’existence d’un droit ancestral. Les tribunaux doivent être guidés et éclairés par les objets que vise le paragraphe 35(1), qui sont de reconnaître «le fait qu’avant l’arrivée des Européens en Amérique du Nord le territoire était déjà occupé par des sociétés autochtones distinctives, et . . . de concilier cette occupation antérieure avec l’affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur le territoire canadien».<sup>17</sup> Pour réaliser ces deux objets, on reconnaît les droits ancestraux qui satisfont au critère suivant: «pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question».<sup>18</sup> Pour appliquer ce critère, il faut tenir compte de plusieurs facteurs, dont certains sont particulièrement utiles dans le cas qui nous occupe. Parmi ces facteurs, mentionnons le point de vue du peuple autochtone qui revendique le droit en question, la nature précise de la revendication, la question de savoir si le droit revendiqué revêt une importance capitale pour la collectivité autochtone qui le revendique et n’est pas simplement accessoire, la question de savoir si le droit revendiqué marque la continuité avec les coutumes qui existaient avant le contact avec les Européens, l’existence d’éléments de preuve propres au groupe autochtone qui, bien que n’étant

culture.<sup>19</sup>

16 Turning to the argument in this case, namely, that there is an historic right to control band membership and its incidents which flows from the nature of Aboriginal title, Canadian jurisprudence on Aboriginal title recognizes that an Aboriginal right “attaches to land occupied and used by aboriginal peoples as their traditional home prior to the assertion of sovereignty”.<sup>20</sup> Implicit in this concept, it was suggested, is an understanding of community and membership which necessarily entails the ability to control membership. It was argued that *Mabo v. Queensland [No. 2]*, an Australian High Court decision, makes this idea explicit by stating that, “so long as the people remain an identifiable community, the members of whom are identified by one another as members of that community living under its laws and customs, the communal native title survives to be enjoyed by the members according to the rights and interests to which they are respectively entitled under the traditionally based laws and customs, as currently acknowledged and observed”.<sup>21</sup> A necessary corollary of the community’s ability to define its own membership, it was argued, is the ability to define the rights of participation of those members. It was also submitted that the idea of an identifiable community based on mutual recognition has consistently and continually been expressed in the Canadian legislative history of band regulation.<sup>22</sup>

17 In order to assess the evidence to determine whether it leads to the recognition of an Aboriginal right under subsection 35(1), it is first necessary, as was discussed in *Van der Peet*, to “identify the nature of the right being claimed”.<sup>23</sup> In this case, the right being claimed for the Band is the right to

pas nécessairement concluants, sont suffisants pour démontrer l’existence du droit et, finalement, la question de savoir si le droit reflète le caractère distinctif de la culture autochtone<sup>19</sup>.

16 Si l’on passe à la thèse qui est soutenue en l’espèce, à savoir qu’il existe un droit historique de décider de l’appartenance aux effectifs de la bande et de ses avantages accessoires, et que ce droit découle de la nature du titre autochtone, la jurisprudence canadienne portant sur le titre autochtone reconnaît le fait que les droits ancestraux [TRADUCTION] «se rattachent au territoire que les peuples autochtones occupaient et utilisaient comme terres traditionnelles avant l’affirmation de la souveraineté»<sup>20</sup>. Cette façon de voir supposerait implicitement une conception de la collectivité et de l’appartenance à la bande qui implique nécessairement la capacité de décider de l’appartenance aux effectifs de la bande. Cette idée aurait été formulée explicitement dans le jugement *Mabo v. Queensland [No. 2]*, dans lequel la Haute Cour de l’Australie a déclaré: [TRADUCTION] «à condition que le peuple demeure une collectivité identifiable, dont les membres se reconnaissent mutuellement comme appartenant à cette collectivité et comme étant régis par les lois et les coutumes de celle-ci, le titre autochtone commun demeure et les membres de la collectivité peuvent en jouir suivant les droits et les intérêts auxquels ils ont respectivement droit selon les lois et les coutumes traditionnelles, telles qu’elles sont actuellement reconnues et observées»<sup>21</sup>. Un corollaire nécessaire de la capacité de la collectivité de fixer les règles d’appartenance à ses effectifs serait son aptitude à définir les droits de participation des membres en question. L’idée de l’existence d’une collectivité identifiable fondée sur une reconnaissance mutuelle de ses membres aurait par ailleurs été exprimée de façon constante et continue dans l’histoire législative canadienne de la réglementation administrative des bandes<sup>22</sup>.

17 Pour pouvoir apprécier la preuve afin de déterminer si elle permet de reconnaître l’existence d’un droit ancestral garanti par le paragraphe 35(1), il faut d’abord, ainsi qu’il a été précisé dans l’arrêt *Van der Peet*, «déterminer la nature du droit revendiqué»<sup>23</sup>. En l’espèce, le droit qui est revendiqué au nom de la

exclude non-resident members of the Band from democratic decision making. To succeed in establishing that this right is protected, the evidence must demonstrate that the right to exclude non-residents from voting is a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the Band. One of the factors which the Court in *Van der Peet* used to determine whether a right satisfied the “integral to the distinctive culture test” was that “the existence of an aboriginal right . . . depend entirely on the practices, customs and traditions of the particular aboriginal community claiming the right” (emphasis added).<sup>24</sup> This requirement is justified on the logic that, although “aboriginal rights are constitutional rights . . . that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis”.<sup>25</sup>

bande est le droit d'exclure des membres non-résidents du processus décisionnel démocratique. Pour réussir à établir que ce droit est protégé, il faut présenter des éléments de preuve qui démontrent que le droit de refuser le droit de vote aux non-résidents est une pratique, une coutume ou une tradition qui fait partie intégrante de la culture distinctive de la bande. Pour juger si un droit satisfaisait au «critère de la partie intégrante de la culture distinctive», la Cour suprême a notamment déclaré, dans l'arrêt *Van der Peet*, que «[l]'existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité autochtone qui revendique le droit» (non souligné dans l'original)<sup>24</sup>. Cette exigence se justifie logiquement par le fait que «même si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas»<sup>25</sup>.

18 The relationship which Aboriginal communities have historically enjoyed with the land is at the core of the recognition of Aboriginal title as well as Aboriginal rights. No evidence has been offered, however, to show how this relationship translates into a practice of excluding non-residents from voting which is integral to the Band and which existed prior to contact between Aboriginal and European societies. Prior to 1902, the Band was governed by a hereditary life chief.<sup>26</sup> As there was no electoral process in effect then, there could be no practice of applying a residency requirement to voters. Following this, elections were held fairly regularly pursuant to amendments to the *Indian Act*, but although there was a residency requirement in that scheme, for the convenience of non-resident members of the Band, polling stations were often located on the Garden River Reserve and at the Batchewana Village. Neither of these places was a reserve of the Band,<sup>27</sup> but substantial numbers of Band members lived there.

18 Le rapport que les collectivités autochtones ont traditionnellement entretenu avec la terre se situe au cœur de la reconnaissance du titre autochtone et des droits ancestraux. Aucun élément de preuve n'a cependant été présenté pour démontrer de quelle manière ce rapport se traduisait par une pratique consistant à refuser le droit de vote aux non-résidents, pratique qui ferait partie intégrante de la bande et qui aurait existé avant le contact entre la société autochtone et la société européenne. Avant 1902, la bande était gouvernée par un chef héréditaire nommé à vie<sup>26</sup>. Comme aucun mécanisme électoral n'était prévu à l'époque, il ne pouvait exister de pratique consistant à assujettir les électeurs à un critère de résidence. Par la suite, des élections ont eu lieu assez régulièrement en conformité avec les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens*, mais même si celle-ci prévoyait un critère de résidence, on installait souvent des bureaux de scrutin dans la réserve de Garden River et au village de Batchewana pour la commodité des membres de la bande qui résidaient à l'extérieur de la réserve. Or, ni l'un ni l'autre de ces deux endroits n'était une réserve de la bande<sup>27</sup>, mais un nombre important de membres de la bande y vivaient.

19 In 1951, *The Indian Act* was amended so that only Band members who were “ordinarily resident on the reserve” could vote in the elections.<sup>28</sup> Pursuant to an order in council, elections of the Band were governed by this section.<sup>29</sup> Despite this, there is evidence that, at election time, a polling station continued to be set up on the Garden River Reserve, where a number of Band members continued to reside. A letter written to the Regional Director of the Department of Indian Affairs<sup>30</sup> dated November 26, 1968 provides some insight into the electoral practices in operation in the Band at that time. It suggested that an order in council removing the Band from the electoral system and thus allowing it to revert to Band custom would better reflect the Band’s practice of allowing those non-residents who lived on the Garden River Reserve to vote.

20 In response to attempts to enforce the residency requirement by DIAND since approximately 1982, over one hundred Band members signed a petition requesting that the Department allow non-resident Band members to vote. The language of the petition is significant:

WE THE UNDERSIGNED MEMBERS OF THE BATCHEWANA BAND DO HEREBY PETITION THE FEDERAL DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS TO RESTORE TO THE BAND’S NON-RESIDENT MEMBERS THEIR RIGHTS TO PARTICIPATE AS FULL AND EQUAL MEMBERS OF THE BATCHEWANA BAND AS ELECTORS TO VOTE IN BAND ELECTIONS AS OUR MEMBERSHIP HAVE BEEN ACCUSTOMED SINCE THE SIGNING OF BAND TREATIES FROM THE YEAR 1850 TO APPROXIMATELY 1962-1964.<sup>31</sup>

The petition went on to state that “this band custom was terminated by the Department of Indian Affairs without the consent of the band’s membership”.<sup>32</sup> DIAND responded to the petition by conceding that, “[b]efore 1951, it might have been the custom of the Band to let every Band member vote, regardless of

19 En 1951, la *Loi sur les Indiens* a été modifiée de façon à ne reconnaître la qualité pour voter aux élections qu’aux membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement dans la réserve»<sup>28</sup>. Aux termes d’un décret, les élections tenues au sein de la bande étaient régies par cet article<sup>29</sup>. Malgré cela, suivant la preuve, lors des élections, on a continué à installer des bureaux de scrutin dans la réserve de Garden River, où un certain nombre de membres de la bande résidaient toujours. Une lettre écrite au directeur régional du ministère des Affaires indiennes le 26 novembre 1968<sup>30</sup>, nous fournit certains éléments d’information au sujet du processus électoral qui était suivi au sein de la bande à l’époque. On y laisse entendre qu’un décret soustrayant la bande au régime électoral en vigueur et lui permettant de revenir à la coutume de la bande correspondrait mieux à la pratique de la bande de permettre aux non-résidents vivant dans la réserve de Garden River de voter.

20 En réponse aux mesures prises depuis environ 1982 par le Ministère pour faire respecter rigoureusement le critère de résidence, plus d’une centaine de membres de la bande ont signé une pétition pour demander au Ministère de permettre aux non-résidents de voter. Le texte de cette pétition est éloquent:

[TRADUCTION] NOUS, LES MEMBRES SOUSSIGNÉS DE LA BANDE DE BATCHEWANA, IMPLORONS PAR LA PRÉSENTE LE MINISTÈRE FÉDÉRAL DES AFFAIRES INDIENNES DE RÉTABLIR LE DROIT DE VOTE DES MEMBRES NON-RÉSIDENTS DE LA BANDE AFIN DE LEUR PERMETTRE DE PARTICIPER AUX ÉLECTIONS TENUES AU SEIN DE LA BANDE À TITRE DE MEMBRES ÉGAUX À PART ENTIÈRE DE LA BANDE DE BATCHEWANA CONFORMÉMENT AUX COUTUMES SUIVIES PAR LES MEMBRES DE LA BANDE DEPUIS LA SIGNATURE DES TRAITÉS CONCLUS PAR LA BANDE ENTRE 1850 ET LES ANNÉES 1962-1964 APPROXIMATIVEMENT<sup>31</sup>.

La pétition précisait également que [TRADUCTION] «le ministère des Affaires indiennes a aboli cette coutume de la bande sans le consentement des effectifs de la bande»<sup>32</sup>. Le Ministère a répondu à la pétition en reconnaissant le fait que [TRADUCTION] «avant 1951, il se peut que la coutume de la bande

their residence. However, since the Band holds its election under the elective provisions of the *Indian Act*, residency on reserves is one of the requirements set in section 77 of that Act<sup>33</sup>. The debate over the residency requirement was, therefore, not resolved then and it continues to this day.

ait été de permettre à tous les membres de la bande de voter, indépendamment de leur lieu de résidence. Toutefois, comme la bande tient ses élections sous le régime des dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui concernent la tenue de scrutin, la résidence dans la réserve est une des conditions prévues à l'article 77 de la Loi<sup>33</sup>. Le débat sur le critère de résidence n'a donc pas été vidé à l'époque et perdure jusqu'à nos jours.

21 In our view, on the basis of the facts as agreed by the parties, there is not enough evidence to establish that the exclusion of non-resident members from voting is an Aboriginal right which ought to be given protection under subsection 35(1). Rather, the evidence demonstrates that, prior to 1902, there was no electoral system in place for the selection of a band chief to which a residency requirement could be directed. Furthermore, this evidence also fails to satisfy the requirement that the right claimed must be shown to have existed prior to contact with European societies. *Van der Peet* specifies that "the time period that a court should consider in identifying whether the right claimed meets the standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact between aboriginal and European societies"<sup>34</sup>. Without evidence of the existence of the practice prior to contact, the right to subsection 35(1) protection, which gives recognition to the prior occupancy of lands by Aboriginal peoples, is not established. Consistent with the "case-by-case" approach which Lamer C.J. has endorsed in *Van der Peet*, however, it is not our intention to suggest that such a right may not be established by other Aboriginal groups, if the evidence of their particular practices and history warrant it.

21 À notre avis, d'après les faits sur lesquels les parties s'entendent, il n'y pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir que l'inhabilité à voter qui frappe les membres non-résidents constitue un droit ancestral qui devrait être protégé en vertu du paragraphe 35(1). Il ressort plutôt de la preuve qu'avant 1902, le choix du chef de la bande n'était pas régi par un mécanisme électoral qui prévoyait un critère de résidence. Qui plus est, la preuve ne satisfait pas à la condition suivant laquelle il faut démontrer que le droit revendiqué existait avant le contact avec les sociétés européennes. Dans l'arrêt *Van der Peet*, la Cour suprême précise bien que «[l]a période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distincte de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact entre les sociétés autochtones et européennes»<sup>34</sup>. Faute de preuve quant à l'existence de la pratique suivie avant le contact avec les Européens, l'existence du droit à la protection du paragraphe 35(1), lequel reconnaît l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones, n'est pas établie. Toutefois, conformément à la méthode du «cas par cas» que le juge en chef Lamer a fait sien dans l'arrêt *Van der Peet*, nous ne voulons pas laisser entendre que d'autres groupes autochtones ne pourraient pas établir qu'ils possèdent un tel droit, si la preuve relative à leurs pratiques et à leur histoire particulières le justifiait.

22 A contradictory subsection 35(1) claim was raised by the intervenor Council of Aboriginal Peoples, which argued that the right of all Band members to participate in the Band's governance ought not to be denied, but rather to be protected as an Aboriginal right under subsection 35(1) of the *Constitution Act*,

22 Le Congrès des peuples autochtones intervenant soulève un moyen contradictoire qu'il tire du paragraphe 35(1). Il soutient que l'on ne devrait pas frustrer l'ensemble des membres de la bande de leur droit de participer au gouvernement de la bande, mais que ce droit devrait plutôt être protégé en tant

1982. No evidence was led, however, to establish the existence of this right prior to contact with European communities in relation to the Band. Instead, the focus of the CAP's submissions was on the standard to be applied in determining whether the infringement of this right by subsection 77(1) could be justified by the *Sparrow* test. Without first establishing the existence of the Aboriginal right according to the test set out in *Van der Peet*, however, the claimant cannot proceed to the second and third steps of the *Sparrow* test, namely, infringement of the right and justification of the infringement.

#### Section 25 of the Charter

23 It was also argued on appeal that section 25 of the Charter ought to protect the residency requirement reflected in subsection 77(1) of the *Indian Act* against the application of the equality guarantee. Section 25 states:

25. The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights and freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including

(a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation Order of October 7, 1763; and

(b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

24 The function of section 25 is different from that of subsection 35(1) because it is not independently enforceable. Rather, its role is to act "as a shield which protects aboriginal, treaty and other rights from being adversely affected by other Charter rights".<sup>35</sup> If the right to limit voting to on-reserve members of the Band were recognized as an Aboriginal right under subsection 35(1), then section 25 would operate to ensure that the right was not weakened by the operation of subsection 15(1).<sup>36</sup> We have found, however, that such a right was not established.

que droit ancestral garanti par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aucun élément de preuve n'a toutefois été présenté pour établir que ce droit existait avant le contact avec les sociétés européennes dans le cas de la bande. Le Congrès a plutôt fait porter l'essentiel de sa thèse sur la norme à appliquer pour déterminer si la violation de ce droit par le paragraphe 77(1) pouvait se justifier par application du critère posé dans l'arrêt *Sparrow*. Faute d'établir d'abord l'existence d'un droit ancestral conformément au critère posé dans l'arrêt *Van der Peet*, celui qui revendique le droit ne peut passer aux deuxième et troisième volets du critère de l'arrêt *Sparrow*, à savoir la violation du droit en question et la justification de cette violation.

#### Article 25 de la Charte

23 On a également soutenu lors du présent appel que l'article 25 de la Charte devait protéger le critère de résidence contenu au paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* contre l'application de la garantie d'égalité. L'article 25 porte:

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés—ancestraux, issus de traités ou autres—des peuples autochtones du Canada, notamment:

a) aux droits et libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;

b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur les revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

24 L'article 25 joue un rôle différent de celui du paragraphe 35(1) parce qu'il ne peut être appliqué de façon indépendante. Il joue plutôt le rôle d'un [TRANSDUCTION] «mécanisme de protection qui fait en sorte que les autres droits garantis par la Charte ne portent pas atteinte aux droits—ancestraux, issus de traités ou autres—des peuples autochtones»<sup>35</sup>. Si le droit de limiter le droit de vote aux seuls membres de la bande qui vivent dans une réserve était reconnu comme un droit ancestral au sens du paragraphe 35(1), l'article 25 aurait pour effet de garantir que ce droit n'est pas affaibli par application du paragraphe 15(1)<sup>36</sup>. Nous en sommes toutefois arrivés à la

25 It has been suggested, nevertheless, that the ability to impose a residency requirement on voting in band elections might be considered to be one of the “other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada” as referred to in section 25 and that it is a right entitled to its protection in any event. While some academic commentary suggests that section 25 should be invoked where legislation such as the *Indian Act* has attempted to accommodate Aboriginal difference,<sup>37</sup> we are not persuaded that the residency requirement, as imposed by the *Indian Act*, is a candidate for such protection. The purpose of section 25 is to protect those rights which belong to Aboriginal peoples as Aboriginal peoples. As our subsection 35(1) analysis of the residency requirement reveals there is insufficient evidence on this appeal to establish that the exclusion of non-resident Band members from decision making reflects the distinctive Aboriginal culture of the Band. Although the central thrust of the *Indian Act* is to accommodate and affirm Aboriginal difference, not all of its provisions are aimed at achieving this purpose. One commentator suggests that “[t]he protection afforded to Aboriginal rights by s. 25 may be particularly important to traditional forms of Aboriginal government which do not necessarily fall into the current western understanding of ‘democratic’. Some traditional forms of Aboriginal government rely on hereditary chiefs or government based upon consensus, not necessarily relying upon democratic elections for legitimacy”.<sup>38</sup> Some *Indian Act* provisions enacted to assist in the accommodation and implementation of such objectives may well be suitable for section 25 protection. Here, however, the *Indian Act* has imposed a system of democratic election. This system is not aimed at protecting and affirming Aboriginal difference. Furthermore, despite the eloquent plea of Ms. Twinn, counsel for LSLIRC, the evidence adduced on this appeal has not established that a residency requirement in democratic elections is integral to the maintenance of a distinctive form of Aboriginal government.

conclusion que l’existence d’un tel droit n’avait pas été établie.

25 Il a néanmoins été affirmé que la capacité d’assujettir le droit de voter aux élections tenues au sein des bandes à un critère de résidence pourrait être considérée comme un des autres «droits ou libertés . . . des peuples autochtones du Canada» qui sont visés à l’article 25 et qu’il s’agit d’un droit qui devrait bénéficier de la protection de l’article 25 en tout état de cause. Bien que certains auteurs laissent entendre que l’article 25 devrait être invoqué lorsqu’une loi comme la *Loi sur les Indiens* essaie de tenir compte de la différence autochtone<sup>37</sup>, nous ne sommes pas persuadés que le critère de résidence prévu par la *Loi sur les Indiens* puisse bénéficier de cette protection. L’article 25 a pour objet de protéger les droits qui appartiennent aux peuples autochtones en tant que peuples autochtones. Ainsi que notre analyse du critère de résidence prévu au paragraphe 35(1) le révèle, on n’a pas présenté suffisamment d’éléments de preuve dans le présent appel pour établir que l’exclusion des membres non-résidents de la bande du processus de prise de décisions reflète le caractère distinctif de la culture autochtone de la bande. Bien que l’objet essentiel de la *Loi sur les Indiens* soit de tenir compte de la spécificité des peuples autochtones et d’affirmer cette spécificité, ce ne sont pas toutes les dispositions de cette loi qui visent à atteindre cet objectif. Un auteur fait remarquer que [TRADUCTION] «la protection que l’article 25 accorde aux droits ancestraux peut être particulièrement importante en ce qui concerne les formes traditionnelles de gouvernement autochtone qui ne répondent pas nécessairement à la définition occidentale actuelle de la “démocratie”. La légitimité de certaines formes traditionnelles de gouvernements autochtones repose sur la présence de chefs héréditaires ou de gouvernements fondés sur le consensus, et non pas nécessairement sur la tenue d’élections démocratiques»<sup>38</sup>. Il se peut fort bien que certaines des dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui ont été édictées pour faciliter la prise en compte et la réalisation de ces objectifs se prêtent à la protection prévue à l’article 25. Toutefois, en l’espèce, la *Loi sur les Indiens* impose un système d’élections démocratiques. Ce système ne vise pas à protéger et à

affirmer la spécificité autochtone. Qui plus est, malgré le plaidoyer éloquent de M<sup>e</sup> Twinn, l'avocate du conseil régional, la preuve qui a été produite dans le cadre du présent appel ne démontre pas que le critère de résidence auquel la tenue d'élections démocratiques est assujettie fait partie intégrante du maintien d'une forme distinctive de gouvernement autochtone.

26 As a result, in our view, the evidence in this case cannot support the conclusion that the right to exclude off-reserve people is one of the "other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada" to which section 25 should be applied.

#### Subsection 15(1) analysis

27 The next issue to be dealt with is whether, on the facts of this case, subsection 15(1) has been violated by denying the vote in Band elections and other matters of Band governance to non-resident members of the Band. The subsection 15(1) test to be followed is that which was originally articulated in *Andrews v. Law Society of British Columbia* by Mr. Justice McIntyre and summarized by Lamer C.J. in *R. v. Swain*.<sup>39</sup>

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits with the overall purpose of s.

En conséquence, nous sommes d'avis que les éléments de preuve présentés en l'espèce ne sauraient appuyer la conclusion que le droit d'exclure des personnes qui ne résident pas dans une réserve constitue l'un des «droits ou libertés . . . des peuples autochtones du Canada» auxquels l'article 25 devrait s'appliquer.

#### Analyse fondée sur le paragraphe 15(1)

La question suivante à examiner est celle de savoir si, eu égard aux faits de la présente affaire, on a contrevenu au paragraphe 15(1) en privant les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve du droit de voter aux élections tenues au sein de la bande et de se prononcer sur les autres questions relatives au gouvernement de la bande. Le critère du paragraphe 15(1) à suivre est celui qui a été originalement posé dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* par le juge McIntyre et qui a été résumé par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Swain*.<sup>39</sup>

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a eu pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte corres-

15—namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

The test is a two-step exercise:<sup>40</sup> first, the person asserting the right must show a comparative denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law. Second, this denial must be made on a discriminatory basis. In order to satisfy this second step, “the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics”.<sup>41</sup> Where each of these two steps is satisfied, a violation of subsection 15(1) will be established and the onus will then shift to the party who supports the law to show that it is a limit which is “demonstrably justified in a free and democratic society” under section 1 of the Charter.

(a) Denial of a benefit

28 Subsection 15(1) does not apply unless it can be demonstrated that a benefit has been denied to the claimant. In assessing whether a benefit had been denied in this case, the Trial Judge held that “the denial of the vote in band council elections, or for other purposes such as the approval of the surrender of any interest in the reserve, has a significant negative impact on those not ordinarily resident on the reserve”.<sup>42</sup> We agree with this finding. Where a democratic process of decision making is adopted, the right to vote is fundamental.<sup>43</sup> It legitimizes government by representation. The essential feature of a democratic system, including the one governing the Band, does not flow from the ability to secure a particular political result, but rather from the ability to participate in the process of decision making. In recognition of the importance of this right, section 3 of the Charter guarantees the right to vote in provincial and federal elections for all Canadian citizens.<sup>44</sup>

pond à l’objectif général de l’art. 15, c’est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Le critère comporte deux étapes<sup>40</sup>: premièrement, la personne qui fait valoir le droit en question doit démontrer qu’il y a eu négation de son droit à la «même protection» ou au «même bénéfice» de la loi qu’une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination. À cette seconde étape, pour établir qu’il y a eu discrimination, «le demandeur doit prouver que la négation repose sur l’un des motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue et que le traitement inégal et fondé sur l’application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe»<sup>41</sup>. Si le demandeur réussit à franchir ces deux étapes, la violation du paragraphe 15(1) est établie et il y a alors déplacement de la charge de la preuve sur la partie qui défend la validité de la loi, qui doit alors établir qu’il s’agit d’une limite dont «la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique» au sens de l’article premier de la Charte.

a) Négation d’un bénéfice

28 Le paragraphe 15(1) ne s’applique que si l’on peut démontrer qu’un bénéfice a été nié au demandeur. Pour déterminer si un bénéfice avait été nié en l’espèce, le juge de première instance a statué que «le refus d’accorder le droit de vote aux élections au conseil de bande ou à des fins telle que l’approbation de la cession d’un intérêt dans la réserve a des répercussions négatives importantes sur ceux qui ne résident pas ordinairement sur la réserve»<sup>42</sup>. Nous souscrivons à cette conclusion. Lorsqu’un processus décisionnel démocratique est adopté, le droit de vote est un droit fondamental<sup>43</sup>. Le droit de suffrage légitime le régime représentatif. La caractéristique essentielle de tout système démocratique, y compris celui qui régit la bande, n’est pas l’aptitude à obtenir un résultat politique déterminé, mais plutôt la capacité de participer au processus décisionnel. Reconnaissant l’importance de ce droit, l’article 3 de la Charte garantit à tout citoyen canadien le droit de

When the right to vote is denied to certain members of a community for whom a governing body acts, they lose the benefit of the participation which legitimizes their representative democracy. Since the election of the Band Council for the Band is, under the *Indian Act*, done by a democratic electoral process, it is clear that non-resident Band members have been denied a significant benefit.

voter aux élections législatives fédérales ou provinciales<sup>44</sup>. Lorsque le droit de vote est refusé à certains membres de la collectivité pour laquelle l'organe gouvernemental agit, les membres de cette collectivité perdent le bénéfice de la participation qui légitime leur régime de démocratie représentative. Étant donné que les élections au conseil de la bande sont, suivant la *Loi sur les Indiens*, régies par un processus électoral démocratique, il est évident que les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve se voient ainsi frustrés d'un bénéfice important.

29 In order to better understand the extent to which non-resident members of the Band have been denied a voice in the operation and governance of the Band, it is useful to consider, as the Trial Judge did, the effect of subsection 77(1) on other sections of the *Indian Act*. Beginning with the effect of the voting restriction on the ability of non-resident Band members to participate in the disposition of lands, subsection 39(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 3] provides that "reserve lands may not be surrendered to Her Majesty (which would normally happen in the process of lands being leased or sold by the Crown to others) unless such surrender . . . are approved by 'a majority of the electors' of the band at a meeting or in a referendum".<sup>45</sup> The Trial Judge explained that the impact of subsection 77(1) on subsection 39(1) is such that "the 'electors' who can approve a disposition of reserve lands do not include those members of the band living off the reserve even though the land is held for the use and benefit of all members of the band".<sup>46</sup> Moreover, pursuant to subsection 64(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10], the Minister, with the council of a band, may, among other things, authorize the per capita distribution of money derived from the sale of surrendered land and the expenditure of capital money on housing projects to individual members of the Band. Again, those members who do not live on the reserve will be unable to assist in selecting the Band Council who advise the Minister on such decisions.

Pour mieux comprendre la mesure dans laquelle les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve se sont vus refuser le droit de participer à la gestion et au gouvernement de la bande, il est utile d'examiner, comme le juge de première instance l'a fait, l'effet du paragraphe 77(1) sur d'autres articles de la *Loi sur les Indiens*. Pour ce qui est d'abord des incidences de la limite apportée au droit de vote sur la capacité des membres non-résidents de la bande de participer aux décisions concernant l'aliénation des terres, rappelons que le paragraphe 39(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 3] prévoit que «des terres de réserve ne peuvent être cédées à Sa Majesté (ce qui se produirait normalement en cas de location ou de vente de terres par la Couronne à des tiers) à moins que cette cession . . . soit approuvée par "une majorité des électeurs" de la bande à une assemblée ou par référendum»<sup>45</sup>. Le juge de première instance a expliqué que les incidences du paragraphe 77(1) sur le paragraphe 39(1) étaient telles que «les "électeurs" pouvant approuver l'aliénation des terres de réserve ne comprennent pas les membres de la bande vivant à l'extérieur de la réserve, même si les terres sont détenues à l'usage et au profit de tous les membres de la bande»<sup>46</sup>. En outre, en vertu du paragraphe 64(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10], le ministre peut notamment, avec le consentement du conseil d'une bande, autoriser la distribution *per capita* de l'argent provenant de la vente de terres cédées et la dépense de sommes d'argent pour construire des maisons destinées à des membres de la bande. Là encore, les membres de la bande qui ne résident pas dans la réserve ne peuvent participer au

choix des membres du conseil de la bande qui conseillent le ministre relativement à ces décisions.

30 Further, under the heading “Management of Indian Moneys” within the *Indian Act*, subsection 61(1) provides that “Indian moneys shall be expended only for the benefit of the Indians or bands for whose use and benefit in common the moneys are received or held, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of the band”. Subsection 66(1) states that, “[w]ith the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of revenue moneys for any purpose that in the opinion of the Minister will promote the general progress and welfare of the band or any member of the band” [underlining added]. Again, the Band Council is entrusted with making decisions regarding revenue money which affect all members of the Band, whether or not they are entitled to participate in the selection of that Council. The “net result” of these provisions, as was recognized by the Trial Judge, is that some expenditures of Indian moneys authorized by the Minister upon the consent of the elected Band Council will “directly affect” members who were not permitted to participate in the election of Band Council.<sup>47</sup>

De plus, sous la rubrique «Administration de l’argent des Indiens», le paragraphe 61(1) de la *Loi sur les Indiens* prévoit que «[l]’argent des Indiens ne peut être dépensé qu’au bénéfice des Indiens ou des bandes à l’usage et au profit communs desquels il est reçu ou détenu, et, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des clauses de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l’argent des Indiens est employé ou doit l’être, est à l’usage et au profit de la bande». Le paragraphe 66(1) dispose, quant à lui, qu’«[a]vec le consentement du conseil d’une bande, le ministre peut autoriser et ordonner la dépense de sommes d’argent du compte de revenu à toute fin qui, d’après lui, favorisera le progrès général et le bien-être de la bande ou d’un de ses membres» [soulignement ajouté]. Là encore, le conseil de la bande se voit confier la tâche de prendre des décisions en ce qui concerne la dépense de sommes d’argent du compte de revenu qui ont une incidence sur tous les membres de la bande, qu’ils aient ou non le droit de participer au choix des membres de ce conseil. Le «résultat net» de ces dispositions est, comme le juge de première instance l’a reconnu, que, dans certains cas, la dépense de sommes d’argent des Indiens autorisée par le ministre avec le consentement du conseil de bande élu «touche directement» des membres de la bande qui ne sont pas habilités à participer aux élections au conseil de la bande<sup>47</sup>.

31 In addition, a band council is entrusted with a number of by-law-making powers under subsection 81(1) [as am. *idem*, s. 15] of the *Indian Act*. This subsection allows the council of a band to make by-laws regarding the reserve. These powers include: the regulation of traffic; construction and local works; zoning; survey and allotment of reserve lands among members of the band; control over sport and amusement and preservation of fish and game on the reserve.<sup>48</sup> They also include: health on the reserve; the observance of law and order; the prevention of disorderly conduct and nuisances; the removal and punishment of trespassers or persons using the

Par ailleurs, le paragraphe 81(1) [mod., *idem*, art. 15] de la *Loi sur les Indiens* confère au conseil de bande le pouvoir de prendre des règlements administratifs à plusieurs fins. Ce paragraphe permet au conseil de bande de prendre des règlements qui touchent la réserve. Parmi ces fins, mentionnons la réglementation de la circulation, la réglementation de la construction et des ouvrages locaux, le zonage, l’arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, la réglementation ou l’interdiction de sports ou autres amusements et la conservation du poisson et du gibier dans la réserve<sup>48</sup>. Elles comprennent également la santé dans la

reserve for prohibited purposes; the residence of band members; the rights of spouses and children who reside with members of the band on the reserve with respect to any of the areas in which the band may make by-laws and any ancillary matters arising out of these by-law-making powers.<sup>49</sup> Finally, the band council has the power to impose a fine of up to one thousand dollars or imprisonment for up to thirty days for violation of any by-laws made under this section. Although it was found by the Trial Judge that by-law-making powers do not impact on off-reserve members directly, many powers under subsection 81(1), if exercised, could have a significant and direct impact on the lives of both resident and non-resident band members. The intervenor Native Women's Association of Canada argued that through subsection 81(1) the band councils have the power to affect the conditions of reserve life for women and their children with respect to safety, health care, education and housing issues which can play a pivotal role in their ability and desire to live on the reserve. As such, it is important for women who currently live off the reserve to be able to participate in the selection of the band council, which has the power to influence whether the reserve will be a safe environment in which they can live without fear.

réserve, l'observation de la loi et le maintien de l'ordre, la répression de l'inconduite et des incommodités, l'expulsion et la punition des personnes qui pénètrent sans droit ni autorisation dans la réserve ou la fréquentent pour des fins interdites, la résidence des membres de la bande, le droit des conjoints ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle le conseil peut établir des règlements administratifs et, finalement, toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus par les pouvoirs de réglementation en question<sup>49</sup>. Finalement, le conseil de la bande a le pouvoir d'infliger une amende maximale de mille dollars ou une peine d'emprisonnement de trente jours en cas de violation d'un des règlements administratifs pris en application de cet article. Bien que le juge de première instance ait conclu que les pouvoirs de réglementation n'avaient pas d'incidences directes sur les membres de la bande qui résident à l'extérieur de la réserve, bon nombre des pouvoirs prévus au paragraphe 81(1), s'ils étaient exercés, pourraient avoir des répercussions importantes et directes tant sur la vie des résidents que sur celle des non-résidents qui sont membres de la bande. La Native Women's Association of Canada intervenante affirme que, par le biais du paragraphe 81(1), les conseils de bande ont le pouvoir d'influencer les conditions de vie sur la réserve des femmes et de leurs enfants sur le plan de la sécurité, des soins de santé, de l'éducation et du logement et que ces aspects qui peuvent jouer un rôle déterminant en ce qui concerne leur capacité et leur désir de vivre dans la réserve. Il est important pour les femmes qui vivent présentement à l'extérieur de la réserve d'être en mesure de participer au choix des membres du conseil de la bande de qui dépend en grande partie la question de savoir si la réserve sera un milieu sûr où elles peuvent vivre sans peur.

32 This review of the functions of the band council in relation to all of its members demonstrates that, by prohibiting non-resident band members from participating in the selection of band council, and by denying them any participation as electors of the band, subsection 77(1) denies to non-reserve members a significant benefit of the law.

Il ressort de cet examen des fonctions que joue le conseil de la bande à l'égard de l'ensemble de ses membres qu'en empêchant les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve de participer au choix de la composition de la bande et en leur refusant toute participation à titre d'électeurs de la bande, le paragraphe 77(1) frustré les membres de la

32

33 Recognizing that not all denials of benefits are discriminatory, however, we will now turn to an analysis of whether “the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others”.<sup>50</sup>

(b) Is the denial discriminatory?

(i) is non-residency on a reserve an analogous ground?

Whether or not a particular distinction is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) is, in large part, now answered by the “enumerated and analogous grounds” approach. This approach has been explained by the Supreme Court, in *Andrews*, where McIntyre J. described how the analogous grounds analysis fits within the larger analysis of discrimination.<sup>51</sup>

The . . . “enumerated and analogous grounds” approach most closely accords with the purposes of s. 15 and the definition of discrimination outlined above and leaves the questions of justification to s. 1. However, in assessing whether a complainant’s rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered.

This passage alludes to a distinction between the analogous ground at issue and the group claiming the protection of that ground. The importance of this distinction was further developed in *Schachtschneider v. Canada*.<sup>52</sup> In that case, it was explained that:

Both the ground of discrimination and the group discriminated against are important under subsection 15(1). It is necessary to identify the ground of discrimination in order to determine whether the claim fits within the ambit of subsection 15(1). It is also necessary to consider the group claiming discrimination since the historical, social

bande qui ne résident pas dans une réserve d’un bénéfice important de la loi.

33 Reconnaisant toutefois le fait que ce ne sont pas toutes les négations de bénéfice qui sont discriminatoires, nous passons maintenant à l’analyse de la question de savoir si «le traitement différent a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres»<sup>50</sup>.

b) La négation est-elle discriminatoire?

(i) la non-résidence dans une réserve constitue-t-elle un motif analogue?

L’analyse des «motifs énumérés et analogues» permet maintenant de répondre en grande partie à la question de savoir si une distinction déterminée est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1). Cette méthode a été exposée par la Cour suprême, dans l’arrêt *Andrews*, dans lequel le juge McIntyre a expliqué de quelle manière l’analyse relative aux motifs analogues s’inscrit dans le cadre plus large de l’analyse de la discrimination<sup>51</sup>:

Le . . . point de vue . . . des «motifs énumérés et analogues» correspond davantage aux fins de l’art. 15 et à la définition de la discrimination exposée auparavant et renvoie à l’article premier les questions de justification. Cependant, pour vérifier s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s’il s’agit d’un motif énuméré ou analogue. L’examen doit également porter sur l’effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant.

Dans ce passage, la Cour suprême fait allusion à la distinction qui existe entre le motif analogue en litige et le groupe qui revendique la protection de ce motif. L’importance de cette distinction a été analysée plus en détail dans l’arrêt *Schachtschneider c. Canada*<sup>52</sup>:

Tant le motif de discrimination que le groupe contre lequel s’exerce la discrimination sont importants au regard du paragraphe 15(1). Il importe de déterminer le motif de discrimination pour savoir si la prétention tombe sous le coup du paragraphe 15(1). Il est également nécessaire de prendre en considération le groupe qui dit être victime de

and political circumstances of that group influences the determination about whether an adverse distinction is discriminatory.<sup>53</sup>

In this case, although the analogous ground is the place of residence of Indian band members, the group which, it is alleged, requires the protection of section 15 is comprised of all those Band members living off the reserves.

discrimination car les circonstances historiques, sociales et politiques de ce dernier ont une incidence sur la question de savoir si une distinction défavorable est discriminatoire ou non<sup>53</sup>.

En l'espèce, bien que le motif analogue soit le lieu de résidence des membres de la bande indienne, le groupe qui, selon ce qu'on affirme, a besoin de la protection de l'article 15, est constitué de tous les membres de la bande qui vivent à l'extérieur des réserves.

34 Wilson J. further clarified the approach to be taken in the identification of analogous grounds when she wrote that "this is a determination which is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society".<sup>54</sup> Most recently, McLachlin J. explained that the enumerated and analogous grounds are able to "serve as ready indicators of discrimination because distinctions made on these grounds are typically stereotypical, being based on presumed rather than actual characteristics".<sup>55</sup> Further, McLachlin J. wrote that, although the jurisprudence has traditionally relied on the presence of historical disadvantage, characterization of the group as a discrete and insular minority, distinction on the basis of a personal characteristic, immutability of the characteristic and comparison to the enumerated grounds as prerequisites to finding an analogous ground, these factors should not become elements of a rigid formula. Instead, she reasoned that criteria such as immutability "may be valid indicators in the inclusionary sense that their presence may signal an analogous ground. But the converse proposition—that any or all of them must be present to find an analogous ground—is invalid."<sup>56</sup> Instead, subsection 15(1) analysis should be driven by a recognition of what lies at the root of the equality guarantee, namely, whether the basis of distinction may serve to deny the essential human dignity of the Charter claimant.<sup>57</sup> The approach now used, therefore, is a flexible and open one. Indeed it might now be said that the categories of analogous grounds, like the categories of negligence,<sup>58</sup> are never closed.

Le juge Wilson a précisé davantage la méthode à suivre pour déceler la présence de motifs analogues lorsqu'elle a écrit qu'«il s'agit là d'une conclusion qui ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société»<sup>54</sup>. Plus récemment, le juge McLachlin a expliqué que les motifs énumérés et les motifs analogues peuvent servir d'«indices de discrimination facilement décelables parce que les distinctions fondées sur ces motifs sont habituellement stéréotypées, reposant sur des caractéristiques présumées plutôt que réelles»<sup>55</sup>. Le juge McLachlin a également écrit que, même si, pour conclure à l'existence d'un motif analogue, les tribunaux se fondaient traditionnellement sur certains indices—existence d'un désavantage historique, caractérisation du groupe visé comme minorité discrète et isolée, fait que la distinction soit fondée sur une caractéristique personnelle, immuabilité de la caractéristique et comparaison avec les motifs énumérés —, ces facteurs ne devaient pas devenir des éléments d'une formule rigide. Elle a plutôt estimé que les critères comme l'immutabilité «peuvent être des indices valides au sens où leur présence peut constituer un signe de l'existence d'un motif analogue. Cependant, n'est pas valide la proposition contraire—selon laquelle un ou l'ensemble de ces éléments doivent être présents si l'on veut conclure à l'existence d'un motif analogue»<sup>56</sup>. L'analyse fondée sur le paragraphe 15(1) devrait plutôt être fondée sur la reconnaissance de la raison d'être de la garantie d'égalité, en l'occurrence la question de savoir si le motif de distinction peut avoir pour effet de porter atteinte à la dignité humaine fondamentale de la personne qui invoque la Charte<sup>57</sup>. La méthode qui est

maintenant suivie est donc souple et non limitative. De fait, on pourrait désormais affirmer que les catégories de motifs analogues, comme les catégories relatives à la négligence<sup>58</sup>, ne sont jamais limitatives.

35 The Trial Judge held that non-resident members of the Band could be generally characterized as “forming a group which historically has suffered disadvantage because of their inability to move onto the reserves”.<sup>59</sup> In support of this conclusion, he relied on two historical features which were relevant to the situation of off-reserve members of the Band. First, the Trial Judge found that a shortage of adequate land existed following the surrender of 1850 pursuant to the Robinson-Huron Treaty. This shortage resulted in the inability of many Band members to move on to the reserves despite their wish to do so. The Trial Judge concluded this on the basis that, in the years following the creation of the Rankin Reserve, and with the aid of a “vigorous housing programme”, the “proportion of Band members living on reserves had more than doubled from approximately 34% to 69%”.<sup>60</sup> Second, he cited the impact of Bill C-31 as a further contributing factor to the characterization of non-resident band members as a group in need of protection. The sudden increase in band membership brought about by Bill C-31 created a situation in which the majority of band members were living off the reserves of the band. The Trial Judge viewed this situation in the context of the reason why Bill C-31 was implemented. He observed that the new members added pursuant to Bill C-31 were predominantly women, and the children of those women, who had lost their Indian status as a result of marriage to a non-Indian, pursuant to paragraph 12(1)(b) of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6], which was repealed, as noted by the Trial Judge, the day section 15 of the Charter came into force.<sup>61</sup> Bill C-31 also reinstated those who, by their own choice or the choice of their parents, were “enfranchised” as Canadian citizens pursuant to paragraph 12(1)(a). Enfranchisement resulted in the loss of their Indian status. As a result, the Trial Judge found that Bill C-31 band members “were historically denied membership in their band (and thus the right to live on a reserve) because of sex or race, their mother having

35 Le juge de première instance a estimé qu’il était possible de caractériser les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve comme «formant, de façon générale, un groupe qui a été historiquement défavorisé du fait de son incapacité à s’établir dans les réserves»<sup>59</sup>. À l’appui de cette conclusion, le juge s’est fondé sur deux traits historiques propres à la situation des membre de la bande résidant à l’extérieur des réserves. Tout d’abord, le juge a conclu que la cession de territoire effectuée en 1850 aux termes du Traité Robinson-Huron avait entraîné une pénurie de terres adéquates. Cette pénurie a eu pour effet d’empêcher bon nombre des membres de la bande de s’installer dans les réserves malgré le fait qu’ils souhaitaient le faire. Pour en arriver à cette conclusion, le juge de première instance s’est fondé sur le fait que, dans les années qui ont suivi la création de la réserve de Rankin et grâce à un «programme énergique de logement», «la proportion de membres vivant dans les réserves a plus que doublé, passant de quelque 34 à 69 %»<sup>60</sup>. En second lieu, il s’est dit d’avis que le projet de loi C-31 était un autre facteur qui permettait de qualifier les membres de la bande qui ne résidaient pas dans les réserves de groupe qui avait besoin de protection. L’augmentation soudaine du nombre de membres de la bande provoquée par l’adoption du projet de loi C-31 a créé une situation dans laquelle la majorité des membres de la bande vivaient à l’extérieur des réserves de la bande. Le juge de première instance a examiné cette situation dans le contexte de la raison pour laquelle le projet de loi C-31 avait été adopté. Il a fait observer que les nouveaux membres qui étaient venus grossir les effectifs de la bande par suite de l’adoption du projet de loi C-31 étaient pour la plupart des femmes qui, en raison de l’ancien alinéa 12(1)b de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6], avaient perdu leur statut en raison de leur mariage avec un non-Indien, et les enfants de ces femmes. Or, comme le juge de première instance l’a fait remarquer, l’alinéa 12(1)b a été abrogé le jour même où l’article 15 de la Charte est entré en

married outside the Indian race or their parents having been obliged to give up Indian status in order to enjoy the same rights and undertake the same obligations as Canadians of other races".<sup>62</sup> Although the intended effect of Bill C-31 was to correct the discriminatory effects of the *Indian Act*, the Trial Judge found that these Bill C-31 members were faced with a new challenge; "[h]aving been restored to the band membership they had lost under gender or racially based laws, they now find that their ability to reside on a reserve is limited".<sup>63</sup> Their situation, it might be said, went from being outcasts to being partial outcasts.

vigueur<sup>61</sup>. Le projet de loi C-31 a également rétabli dans leurs droits les personnes qui, de leur propre chef ou du chef de leurs parents, avaient été «émancipées» en tant que citoyens canadiens en vertu de l'alinéa 12(1)a). Leur émancipation s'est traduite par la perte de leur statut d'Indien. Par conséquent, le juge de première instance a conclu que les membres de la bande qui avaient recouvré leur statut d'Indien grâce au projet de loi C-31 «s'étaient vu historiquement priver de leur appartenance à la bande (et donc du droit de vivre dans une réserve) du fait de leur sexe ou de leur race, leur mère ayant épousé un homme d'une autre race ou leurs parents ayant été obligés de renoncer à leur statut d'Indiens afin de jouir des mêmes droits et d'assumer les mêmes obligations que les Canadiens d'autres races»<sup>62</sup>. Le juge de première instance a conclu que, bien que l'objet du projet de loi C-31 fût de corriger les effets discriminatoires de la *Loi sur les Indiens*, les Indiens ainsi visés par ce projet de loi ont dû faire face à une nouvelle difficulté: «Une fois recouvré le statut qu'ils avaient perdu en raison de dispositions fondées sur le sexe ou la race, ils constatent maintenant que la possibilité de résider dans une réserve leur est limitée»<sup>63</sup>. On pourrait dire qu'ils sont passés de l'état de parias à celui de semi-parias.

36 According to the Trial Judge, the impact of these two factors was such that, while there may be some members of the group "who have no desire to move onto reserves and who are by any normal measurement better off by not being on the reserves . . . there must be many among those on whose behalf this action is brought who cannot change their place of residence to the reserve, any more readily than a person can change his citizenship—a characteristic found in *Andrews* to be analogous to those specifically mentioned in subsection 15(1)".<sup>64</sup> The appellant challenges the Trial Judge's findings that the lands of the Band have, historically, been inadequate, that there is insufficient housing for people currently living off-reserve, and that most of those restored to membership in the Band as a result of Bill C-31 are women who lost their status through marriage to non-Indians and their children. The appellant also interprets the evidence of the

Selon le juge de première instance, les incidences de ces deux facteurs sont telles que, bien qu'il puisse exister certains membres du groupe visé qui n'ont «aucun désir de s'établir dans les réserves et qui, selon les critères normaux, vivent mieux à l'extérieur des réserves . . . nombreux doivent être ceux qui, parmi les membres au nom de qui la présente instance est engagée, ne peuvent changer de lieu de résidence pour aller s'établir dans la réserve, pas plus facilement à tout le moins qu'une personne peut changer de citoyenneté—caractéristique qu'on a jugée, dans l'arrêt *Andrews*, analogue aux motifs expressément énumérés au paragraphe 15(1)»<sup>64</sup>. L'appelante conteste les conclusions du juge de première instance selon lesquelles les terres de la bande ont, historiquement, été inadéquates, qu'il n'y a pas suffisamment de logements pour les personnes qui vivent présentement à l'extérieur de la réserve, et que la plupart des personnes qui ont été réinté-

36

named plaintiffs as demonstrative of a “choice” in each case not to live on the reserve for one reason or another, and so contrary to the finding of the Trial Judge that many of the Band members currently living off the reserve are prevented from moving onto the reserve by reason of housing and subsidy shortages.

grées comme membres de la bande en vertu du projet de loi C-31 sont des femmes qui avaient perdu leur statut par suite de leur mariage à des non-Indiens, et leurs enfants. Suivant également l’interprétation que l’appelante en fait, la preuve des demandeurs nommément désignés démontre bien que, dans chaque cas, l’intéressé a fait le «choix» de ne pas vivre dans la réserve pour une raison ou pour une autre. Elle conteste donc la conclusion du juge de première instance suivant laquelle bon nombre des membres de la bande qui vivent présentement à l’extérieur de la réserve sont empêchés de s’installer dans la réserve pour des raisons de pénurie de logement et d’insuffisance de subventions.

37 We are of the opinion that the Trial Judge’s finding that residence on or off a reserve may be capable of change only “with considerable difficulty” was sufficiently supported by the evidence presented at trial. Despite the fact that, since the creation of the Goulais Bay Reserve in 1885, the Band has possessed a minimum of 1,595 acres of land, most of this land, on the evidence, was “unsuitable”. The creation of the Rankin Reserve in 1952, followed by the sharp increase in Band population living on the reserve, is evidence of this. Second, a memorandum written in 1939, which later led to the creation of the Rankin Reserve, recognized that additional reserve lands were required for the Band because “the reserve at Goulais Bay no longer offered good employment opportunities and there was a serious decline in commercial fishing production in neighbouring waters”.<sup>65</sup> Third, the current situation on the Band’s reserves is such that, although there are both serviced and unserviced lots available, the demand for subsidies required to build on those lots far exceeds their availability, making it entirely reasonable for the Trial Judge to conclude that “many of the non-resident members on whose behalf this action is brought . . . will have no practical access to housing on the reserve for a long time”.<sup>66</sup> In the *Bill C-31 Impact Study* done in relation to the Band, it was concluded that “[a]t the current rate of funding, the demand for subsidy homes greatly exceeds what can be supplied, resulting in an excess demand for housing of 28 unites in 1989”.<sup>67</sup> Finally, although the Trial Judge was not

Nous sommes d’avis que la preuve présentée au procès justifiait la conclusion du juge de première instance suivant laquelle la résidence dans la réserve ou à l’extérieur de celle-ci ne pouvait être changée qu’«au prix de difficultés considérables». Malgré le fait que, depuis la création de la réserve de Goulais Bay en 1885, la bande possède au moins 1 595 acres de terres, la plus grande partie de ces terres étaient, suivant la preuve, «inadéquates». La création de la réserve de Rankin en 1952 et l’augmentation considérable de la population de la bande vivant dans la réserve le démontrent bien. Deuxièmement, dans une note de service rédigée en 1939, qui a par la suite conduit à la création de la réserve de Rankin, il a été reconnu que la bande avait besoin de terres de réserve supplémentaires parce que [TRADUCTION] «la réserve de Goulais Bay n’offre plus de bonnes perspectives d’emploi et que la production de la pêche commerciale dans les eaux voisines connaît une baisse marquée»<sup>65</sup>. Troisièmement, la situation qui existe actuellement dans les réserves de la bande est telle que, bien que des lots aménagés et des lots non aménagés soient disponibles, la demande de subventions nécessaires pour construire des logements sur les lots en question dépasse de beaucoup l’offre, ce qui rend tout à fait légitime la conclusion du juge de première instance selon laquelle bon nombre des «membres non-résidents au nom desquels la présente action est intentée. . . n’auront pas accès avant longtemps à un logement dans la réserve»<sup>66</sup>. Les auteurs de l’*Étude d’impacts du projet de loi C-31* qui a été effectuée au sujet de la bande ont conclu que [TRA-

37

presented with any direct evidence on the number of Band members reinstated as a result of Bill C-31 who were women and the children of women who had lost their status under paragraph 12(1)(b), it was not unreasonable for him to conclude that this group constituted a large proportion of those reinstated to membership in the Band. The driving purpose behind the implementation of Bill C-31 was to remedy discrimination against women who had “married out” of the Indian community. In the study conducted by DIAND on the impact of Bill C-31 generally, this commitment is clearly set out:

The amendments were enacted by all party consent to make the Act compatible with the Canadian Charter of Rights and Freedoms. The objectives of Bill C-31 were to remove discrimination on the basis of gender from the Act, to restore Indian status and band membership rights to eligible persons (particularly women who had lost their status through marriage to non-Indians) and to enable bands to assume control over their membership.<sup>68</sup>

Although the DIAND study, which was introduced by consent on this appeal, was not before the Trial Judge, it demonstrates that an obvious purpose of Bill C-31 was to provide relief for women and their children, who had been discriminated against in the past by being denied their status of band members.

DUCTION] «au taux actuel de financement, la demande de maisons subventionnées dépasse largement l’offre et se traduit par un excédent de demande de 28 unités de logement pour 1989»<sup>67</sup>. Finalement, bien qu’on n’ait soumis au juge de première instance aucun élément de preuve directe portant sur le nombre de membres de la bande qui avaient recouvré leur statut par suite du projet de loi C-31 et qui étaient des femmes ou des enfants de ces femmes qui avaient perdu leur statut en raison de l’alinéa 12(1)(b), le juge pouvait raisonnablement conclure que ce groupe représentait une proportion importante des personnes qui avaient été réintégrées comme membres de la bande. L’objet fondamental de l’adoption du projet de loi C-31 était de remédier à la discrimination dont étaient victimes les femmes qui avaient épousé un homme «à l’extérieur» de la collectivité indienne. Dans l’étude menée par le Ministère au sujet des incidences du projet de loi C-31, cette volonté est exprimée dans les termes les plus nets:

[TRADUCTION] Les modifications, adoptées avec l’accord de tous les partis, visent à rendre la Loi compatible avec la Charte canadienne des droits et libertés. Le projet de loi C-31 a pour objet de supprimer de la Loi toute discrimination fondée sur le sexe, de redonner le statut d’Indien aux personnes admissibles et de les réintégrer dans leurs droits en tant que membres de la bande (particulièrement les femmes qui ont perdu leur statut par suite de leur mariage à un non-Indien) et de permettre aux bandes de fixer les règles d’appartenance à leurs effectifs<sup>68</sup>.

Bien que l’étude du Ministère, qui a été versée au dossier de consentement dans le présent appel, n’ait pas été portée à la connaissance du juge de première instance, elle démontre qu’un des buts manifestes du projet de loi C-31 était de corriger la situation des femmes et de leurs enfants qui avaient été victimes de discrimination par le passé du fait qu’elles avaient perdu leur statut de membres de la bande.

38 Despite the sufficiency of the Trial Judge’s findings on the law as it existed at the time, it is no longer necessary to prove something akin to “immutability” in the way it may have been argued at the time this trial was heard. Much effort, it turns out, was needlessly directed by counsel at examining housing availability on the Band’s reserves. The

Malgré le fait que les conclusions que le juge de première instance a tirées au sujet de l’état du droit à l’époque soient suffisantes, il n’est plus nécessaire de faire la preuve de quelque chose qui ressemble à de l’«immutabilité» comme on aurait pu le faire au moment où le procès a été entendu. Il s’est avéré que les avocats ont consacré inutilement trop d’éner-

38

case is not a housing case; it is a voting case. By focusing so much on the housing situation, counsel sought to draw attention away from the reason for which this subsection 15(1) challenge was brought—the denial of the vote on the basis of non-residency on the reserves. We now have the benefit of *Miron, supra*, which has clearly established that the *indicia* used in determining the existence of an analogous ground, including immutability, are but ‘analytical tools’ which may be ‘of assistance’.<sup>69</sup>

gie à examiner la disponibilité de logements dans les réserves de la bande. La présente affaire ne porte pas sur le logement, mais bien sur le droit de vote. En s’attardant à ce point sur la situation du logement, les avocats ont essayé de détourner l’attention du tribunal de la raison pour laquelle le paragraphe 15(1) est contesté en l’espèce, à savoir l’incapacité à voter fondée sur la non-résidence dans les réserves. Nous bénéficions maintenant de l’arrêt *Miron*, précité, dans lequel la Cour suprême a déclaré dans les termes les plus nets que les indices dont on se sert pour déterminer l’existence d’un motif analogue, dont l’immuabilité, ne sont qu’«un moyen analytique» utilisé pour «déterminer» une question<sup>69</sup>.

39 With this in mind, we are now able to examine the ways in which residency of band members is an analogous ground deserving of protection under the Charter in a more purposive manner. First, the right to vote in band elections has been denied on the basis of a characteristic, residence off the reserves, to which a stereotype has been attached. It has been suggested by the Crown in the context of section 1 analysis that the residency requirement serves as a rational and reasonable limit on the right to vote in band elections because it allows only those with a close attachment and interest in the community to vote. It was also submitted that the reserve is necessary to the cultural survival of the band, which must be carefully guarded by the electorate and not traded for profit. The implication is that band members who do not live on the reserve cannot be trusted to use their electoral power in a manner which is consistent with the best interests of the band. While this fear may indeed be felt by resident members of the band, it has not been supported by any evidence on this appeal. It is clearly based on a stereotypical assumption about the personal characteristic of non-residency, which makes it a prime candidate for protection as an analogous ground.<sup>70</sup> In any event, the Minister, who must approve most major decisions, may protect the band from any disadvantageous arrangements.

39 Compte tenu de ce qui précède, nous sommes maintenant en mesure d’examiner d’une façon qui tient davantage compte des buts visés en quoi le lieu de résidence des membres de la bande constitue un motif analogue qui mérite la protection de la Charte. En premier lieu, le droit de voter aux élections tenues au sein de la bande a été refusé sur le fondement d’une caractéristique—le fait de résider à l’extérieur d’une réserve—à laquelle un stéréotype est accolé. Sa Majesté a laissé entendre, dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier, que le critère de résidence constitue une limite rationnelle et raisonnable imposée au droit de voter lors des élections tenues au sein de la bande, parce qu’il permet uniquement aux personnes qui ont un attachement et un intérêt directs face à la collectivité de voter. Elle ajoute que la réserve est nécessaire à la survie de la bande, qui doit être soigneusement protégée par l’électorat et ne pas faire l’objet d’un commerce lucratif. Il s’ensuit qu’on ne peut être sûr que les membres de la bande qui ne vivent pas dans la réserve se serviront de leur pouvoir électoral d’une manière qui aille dans le sens des intérêts de la bande. Bien que des membres résidents de la bande puissent effectivement la ressentir, cette crainte n’est appuyée par aucun des éléments de preuve qui ont été présentés dans le présent appel. Elle est de toute évidence fondée sur une présomption stéréotypée portant sur une caractéristique personnelle, à savoir la non-résidence, ce qui en fait une candidate idéale pour une protection en tant que motif analogue<sup>70</sup>. De toute façon, le ministre, qui

40 Second, there is evidence that many members of this group have suffered from historical disadvantage which is independent of the challenged distinction, another *indicia* which supports the finding of an analogous ground.<sup>71</sup> In *R. v. Turpin*, Wilson J. held that “[a] finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged”.<sup>72</sup> The sudden increase in band members living off the reserves was, in large part, a consequence of Bill C-31, which was, as the Trial Judge pointed out, enacted to rectify historical discrimination on the basis of sex and race in the *Indian Act*.<sup>73</sup> Many among those who are currently denied the benefit of voting in band elections were placed in this position because of the effects of prior discriminatory legislation. The DIAND study provides a profile of Bill C-31 registrants as a group:

Registrations fall into two general categories: restorations (pertaining to people who were registered at some time then lost their Indian status under the previous Act), and first time registrations. As of June 30, 1990, restorations (numbering 18,493) represented 25% of all registrations under Bill C-31. About three-quarters of restorations were women who had lost status upon marriage to non-status males. First time registrations, 55,061 as of June 30, 1990, were mainly the children and, when eligible, grandchildren of people whose status had been restored under Bill C-31.<sup>74</sup>

Further on in the DIAND study, it is reported that “[t]he largest proportion of Bill C-31 registrants are women over 25 years of age, living off-reserve in adult-only households or households with partners and children under 18 years of age”.<sup>75</sup> As stated in

doit ratifier la plupart des décisions importantes, peut protéger la bande contre toute mesure défavorable.

Deuxièmement, suivant la preuve, de nombreux membres de ce groupe ont, indépendamment de la distinction attaquée, été victimes d'un désavantage historique, ce qui constitue un autre indice qui justifie de conclure à l'existence d'un motif analogue<sup>71</sup>. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, le juge Wilson a statué que «la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée»<sup>72</sup>. L'augmentation soudaine du nombre de membres vivant à l'extérieur des réserves était en grande partie attribuable au projet de loi C-31 qui, ainsi que le juge de première instance l'a souligné, a été adopté pour corriger la discrimination historique fondée sur le sexe et la race qui était contenue dans la *Loi sur les Indiens*<sup>73</sup>. Bon nombre de ceux qui se voient présentement refuser le droit de voter aux élections tenues au sein de la bande se sont retrouvés dans cette situation en raison des répercussions de dispositions législatives discriminatoires antérieures. L'étude du Ministère donne le profil du groupe des Indiens inscrits visés par le projet de loi C-31:

[TRADUCTION] Les Indiens inscrits entrent dans deux catégories générales: ceux qui sont réintégrés dans leurs droits (c'est-à-dire les personnes qui avaient déjà été inscrites mais qui avaient ensuite perdu leur statut d'Indien sous le régime de l'ancienne Loi) et les personnes qui sont inscrites pour la première fois. Au 30 juin 1990, les personnes réintégrées dans leurs droits (dont le nombre s'élevait à 18 493) représentaient le quart de toutes les personnes inscrites sous le régime du projet de loi C-31. Environ les trois-quarts de ces personnes étaient des femmes qui avaient perdu leur statut par suite de leur mariage à un non-Indien. Les personnes inscrites pour la première fois, dont le nombre s'établissait à 55 061 au 30 juin 1990, étaient surtout des enfants et, lorsqu'ils étaient admissibles, les petits-enfants de personnes ayant été réintégrées dans leurs droits en vertu du projet de loi C-31.<sup>74</sup>

Plus loin dans l'étude du Ministère, les auteurs signalent que [TRADUCTION] «la plus grande proportion des personnes inscrites en vertu du projet de loi C-31 sont des femmes de plus de 25 ans qui vivent à l'extérieur des réserves dans des ménages habités

40

the DIAND study, one of the “main objectives” of Bill C-31 was to rectify “discrimination on the basis of gender”.<sup>76</sup> This was achieved in part by restoring Indian status and band membership rights to persons affected by the discriminatory provisions. Such persons did not, however, regain everything they had lost. They did not regain their ability to participate in the democratic government of their bands. Parliament, in an incomplete response, stopped short of correcting all of the discriminatory effects of the old provisions of the *Indian Act*. Consequently, subsection 77(1) remains as a vestige of the discrimination which Bill C-31 was intended to ameliorate.

par des adultes seulement ou dans des ménages où elles vivent avec leur partenaire et des enfants de moins de 18 ans»<sup>75</sup>. Ainsi qu’il est déclaré dans l’étude du Ministère, un des «principaux objectifs» du projet de loi C-31 était de corriger la «discrimination fondée sur le sexe»<sup>76</sup>. Pour y parvenir, on a redonné leur statut d’Indien aux personnes visées par les dispositions discriminatoires et on les a rétablies dans les droits découlant de leur appartenance à une bande. Ces personnes n’ont cependant pas récupéré tout ce qu’elles avaient perdu. Elles n’ont pas recouvré leur capacité de participer au gouvernement démocratique de leur bande. Le législateur fédéral, dans une réponse incomplète, n’est pas allé jusqu’à corriger tous les effets discriminatoires des anciennes dispositions de la *Loi sur les Indiens*. En conséquence, le paragraphe 77(1) demeure un vestige de la discrimination que le projet de loi C-31 visait à corriger.

41 It may be that not all band members who live off the reserves have been affected by this independent disadvantage. This does not, however, negate the relevance of this factor in establishing an analogous ground. In *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks*, Hallett J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal recognized public housing tenants as an analogous ground by finding that, although not all such tenants share a background of historic discrimination, many of those who qualified for public housing did so because, for example, they are members of families headed by “single female parents on social assistance, many of whom are black”.<sup>77</sup> In other words, discrimination on the basis of personal characteristics such as race and sex suffered by some members of the group were found to be relevant to the analogous grounds analysis. This logic is equally applicable in the case before us.

Il se peut que ce ne soient pas tous les membres de la bande qui vivent à l’extérieur des réserves qui ont été touchés par ce désavantage indépendant. Cela n’enlève cependant rien à la pertinence de ce facteur lorsqu’il s’agit d’établir l’existence d’un motif analogue. Ainsi, dans l’arrêt *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks*, le juge Hallett de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a reconnu l’existence d’un motif analogue dans le cas de locataires de logements sociaux en concluant que, même si ces locataires n’avaient pas tous été victimes de discrimination par le passé, bon nombre de ceux qui étaient admissibles à des logements sociaux l’étaient, par exemple, parce qu’ils étaient membres de familles dirigées par [TRADUCTION] «une mère célibataire prestataire d’aide sociale, souvent de race noire»<sup>77</sup>. En d’autres termes, la Cour a jugé qu’on pouvait tenir compte, dans l’analyse des motifs analogues, des actes discriminatoires qui étaient fondés sur des caractéristiques personnelles comme la race et le sexe et dont certains des membres de ce groupe avaient été victimes. Ce raisonnement s’applique également au cas qui nous occupe.

42 The political powerlessness which characterizes the group is a third and final factor which weighs in favour of establishing an analogous ground. The

L’impuissance politique qui caractérise le groupe en cause est le troisième et dernier facteur qui pèse en faveur de la reconnaissance de l’existence d’un

subsection 15(1) jurisprudence has in the past attempted to identify political powerlessness through the finding that a particular group constitutes a “discrete and insular minority”.<sup>78</sup> On the facts of this case, it can be concluded that non-resident band members suffer from exactly the kind of political powerlessness to which the protection of the analogous grounds is aimed. Although non-resident band members are not now a minority in relation to band members living on the reserve, their disenfranchisement guarantees that they are powerless to hold accountable the elected officials of the band who govern them. One example of their political powerlessness is evidenced in the very mechanism by which the band could remove itself from the application of subsection 77(1). Currently, the band’s elections are held according to the *Indian Act* because the Minister, pursuant to subsection 74(1), has made a declaration by order that the elections of this band are to be so held. The Minister can also declare that this order be repealed, so that band elections proceed according to “custom”. While the system which is ultimately adopted by the band under this latter alternative may or may not be consistent with its actual customary practices, the salient point is that, in the adoption of this new system, the band may elect not to impose a residency requirement. Yet, as the Trial Judge pointed out, the policy of DIAND is that such an order will only be made by the Minister where it is supported by the band council and the band “electors”. The Trial Judge recognized the unfairness of this result when he remarked that “those very people now disqualified from voting because elections are conducted under the *Indian Act* would not have a voice in requesting a reversion to elections conducted by custom nor, would it appear, in defining that custom”.<sup>79</sup>

motif analogue. Les tribunaux qui ont rendu des décisions portant sur le paragraphe 15(1) ont essayé, par le passé, de discerner l’existence d’une impuissance politique après avoir conclu qu’un groupe déterminé constitue une «minorité discrète et isolée»<sup>78</sup>. Vu les faits de la présente affaire, on peut conclure que les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve sont victimes exactement du même genre d’impuissance politique que vise la protection des motifs analogues. Bien que les membres non-résidents de la bande ne constituent pas présentement une minorité par rapport aux membres de la bande qui vivent dans la réserve, leur émancipation fait en sorte qu’ils sont impuissants à demander des comptes aux représentants élus de la bande qui les gouvernent. Un exemple de leur impuissance politique se trouve dans le mécanisme même par lequel la bande peut se soustraire à l’application du paragraphe 77(1). Présentement, les élections au sein de la bande sont tenues conformément à la *Loi sur les Indiens* parce que le ministre a, en vertu du paragraphe 74(1), déclaré par arrêté que c’est la façon dont les élections doivent être tenues au sein de la bande. Le ministre peut également abroger cette déclaration, auquel cas les élections de la bande se déroulent conformément à la «coutume». Bien que le régime que la bande adopterait en fin de compte en vertu de cette option puisse être ou non conforme à ses pratiques coutumières actuelles, l’essentiel est que, pour adopter ce nouveau régime, la bande peut choisir de ne pas imposer de critère de résidence. Pourtant, comme le juge de première instance l’a souligné, la politique du ministre est de ne prendre un tel arrêté que s’il est appuyé par le conseil de la bande et les «électeurs» de la bande. Le juge de première instance a reconnu l’injustice de ce résultat lorsqu’il a fait remarquer que «ceux qui sont aujourd’hui inhabiles à voter parce que les élections sont tenues sous le régime de la *Loi sur les Indiens* ne pourraient faire entendre leur voix pour demander le retour à la coutume ou même, semble-t-il, définir cette coutume»<sup>79</sup>.

43 This Charter challenge is the only means by which the respondents can make their voices heard. The suggestion that the plaintiff group cannot claim the protection of an analogous ground because they

La présente contestation fondée sur la Charte est le seul moyen par lequel les intimés peuvent faire entendre leur voix. L’argument que les demandeurs ne peuvent revendiquer la protection d’un motif 43

are geographically dispersed and thus not “insular”, or because the reasons for which they live off-reserve vary, is not borne out by the analogous grounds jurisprudence, which focuses on the political, social and legal disadvantage of the group, not on its characterization as “insular”. In *Miron, supra*, McLachlin J. recognized marital status as an analogous ground because unmarried persons suffered historical disadvantage and prejudice, and because the denial of benefits on the basis of such a distinction “touches the essential dignity and worth of the individual in the same way as other recognized grounds of discrimination violative of fundamental human rights norms”.<sup>80</sup> The fact that members of the group in *Miron, supra*, may have had different reasons for being unmarried, or that they could in no way be classified as “discrete” or “insular” did not prevent their recognition as a group deserving of Charter protection.

analogue parce qu'ils sont géographiquement dispersés et qu'ils ne sont donc pas «isolés», ou parce que les raisons pour lesquelles ils vivent à l'extérieur des réserves varient, ne trouve aucun appui dans la jurisprudence relative aux motifs analogues, qui est axée sur les désavantages politiques, sociaux et juridiques du groupe qu'ils forment, et non sur sa qualification de groupe «isolé». Dans l'arrêt *Miron*, précité, le juge McLachlin a reconnu l'état matrimonial comme motif analogue parce que les célibataires étaient victimes d'un désavantage et d'un préjudice historiques et parce que le refus de leur accorder des avantages sur le fondement d'une telle distinction «touche la dignité et le mérite essentiels de la personne de la même façon que d'autres motifs de discrimination reconnus vont à l'encontre de normes fondamentales en matière de droit de la personne»<sup>80</sup>. Le fait que les membres du groupe dont il était question dans l'affaire *Miron*, précité, aient pu avoir différentes raisons d'être célibataires ou qu'il fût impossible de qualifier ces personnes de groupe «discret» ou «isolé» n'a pas empêché le tribunal de reconnaître que ces personnes formaient un groupe qui méritait d'être protégé par la Charte.

44 In conclusion, as we stated above, the categories of analogous grounds and groups deserving of protection under subsection 15(1) of the Charter, like the categories of negligence, are never closed.<sup>81</sup> McLachlin J. recognized this when, echoing McIntyre J. in *Andrews*, she wrote in *Miron, supra*, that, “[o]ur approach must be generous, reflecting the ‘continuing framework’ of the constitution and the need for ‘the unremitting protection’ of equality rights”.<sup>82</sup> When the *indicia* of political powerlessness and historical disadvantage are added to the presence of stereotyping and the Trial Judge’s finding that, even though not all band members wish to live on reserves, residence on or off a reserve can be changed only “with considerable difficulty”, it follows that the protection of the equality guarantee must be extended to the band members who do not live on the band’s reserves.

Pour conclure, ainsi que nous l'avons déjà dit, les 44 catégories de motifs analogues et de groupes qui méritent la protection du paragraphe 15(1) de la Charte ne sont jamais, pas plus que les catégories de négligence, limitatifs<sup>81</sup>. Le juge McLachlin l'a reconnu lorsque, faisant écho aux propos tenus par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, elle a écrit, dans l'arrêt *Miron*, précité, que «[n]otre analyse doit être libérale, de manière à refléter “le cadre permanent” de la Constitution et la nécessité de “la protection constante” des droits à l'égalité»<sup>82</sup>. Lorsqu'on ajoute les indices d'impuissance politique et de désavantages historiques à la présence de stéréotypes et à la conclusion du juge de première instance selon laquelle, même si ce ne sont pas tous les membres de la bande qui désirent vivre dans une réserve, la résidence dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci ne peut être modifiée «qu'au prix de difficultés considérables», il s'ensuit que la protection de la garantie d'égalité doit être accordée aux membres de la bande qui ne vivent pas dans les réserves de la bande.

(ii) does the denial of equality on the basis of residency violate the purpose of subsection 15(1)?

45 In *Miron, supra*, McLachlin J. asserted that “[i]n most cases”, if the claimant is able to bring the distinction within an enumerated or analogous ground, this “suffices to establish discrimination”.<sup>83</sup> This is because the grounds seek generally to identify those characteristics upon which any distinctions which are likely to be drawn will reflect stereotyping and prejudice. McLachlin J. goes on to explain, however, that not all such denials will violate “the purpose of s. 15(1)—to prevent the violation of human dignity and freedom through the imposition of limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics, rather than on the basis of merit, capacity or circumstance”.<sup>84</sup> In our view, the purpose of subsection 15(1) is violated here.

46 The Trial Judge addressed the issue of whether discrimination had occurred on the basis of this analogous ground by drawing a distinction between the effect of having no electoral voice on matters which he characterized as being of “communal interest” to the band and the effect of having no such voice on matters of local or reserve governance. He held that “the restriction of the franchise to those band members ordinarily resident on the reserve is based on an irrelevant personal characteristic when that franchise has to do with the disposition of lands and Indian moneys held by Her Majesty ‘for the use and benefit of the band’, the ‘band’ including all members and not simply those resident on the reserve”.<sup>85</sup> Yet where [at page 416] “it is the object of the *Indian Act* to provide for a form of local government on reserves which is analogous to municipal government”, the residency requirement could, according to the Trial Judge, no longer be described as an irrelevant personal characteristic.

(ii) la négation du droit à l’égalité sur le fondement de la résidence contrevient-elle à l’objet du paragraphe 15(1)?

45 Dans l’arrêt *Miron*, précité, le juge McLachlin affirme que «dans la plupart des cas», il suffit au demandeur, «pour établir la discrimination», de démontrer que cette négation repose sur un motif énuméré ou sur un motif analogue<sup>83</sup>. Cela tient au fait que, dans le cadre de cette analyse, on cherche, en règle générale, à déceler les caractéristiques sur le fondement desquelles les distinctions qui sont susceptibles d’être établies révèlent l’existence de stéréotypes et de préjugés. Le juge McLachlin poursuit toutefois en expliquant que ce ne sont pas toutes ces négations qui contreviennent à «l’objet du par. 15(1)—empêcher que la dignité et la liberté de la personne soient violées par l’imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites, les capacités ou les circonstances»<sup>84</sup>. À notre avis, on a contrevenu à l’objet du paragraphe 15(1) en l’espèce.

46 Le juge de première instance a examiné la question de savoir si la discrimination s’était produite sur le fondement de ce motif analogue en établissant une distinction entre les conséquences découlant du fait de ne pas pouvoir exprimer son opinion politique sur des questions qu’il a qualifiées d’«intérêt commun» pour la bande et les conséquences découlant de l’inhabilité à voter en ce qui concerne des questions concernant le gouvernement local ou celui de la réserve. Il a statué que «la restriction du droit de vote aux membres qui résident ordinairement sur la réserve est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente lorsque ce droit de vote se rapporte à la façon de disposer des terres et de l’argent des Indiens que détient Sa Majesté “à l’usage et au profit de la bande”, la “bande” incluant tous les membres et non seulement les résidents de la réserve»<sup>85</sup>. Toutefois, compte tenu du fait que [à la page 416] «la *Loi sur les Indiens* a . . . pour objet de pourvoir à la constitution d’une forme de gouvernement local sur les réserves, analogue à un gouvernement municipal», on ne peut plus, selon le juge de première instance, qualifier le critère de résidence de caractéristique personnelle non pertinente.

- 47 This reasoning was complained about by Crown counsel who urged that it was not pleaded, not argued and not called for. The practical difficulties of the solution were also enumerated. Because of the approach we adopt, however, we need not consider these objections.
- 47 L'avocat de Sa Majesté s'inscrit en faux contre ce raisonnement et affirme qu'il n'a été ni plaidé ni débattu et qu'il n'était pas nécessaire. Il a également énuméré les difficultés pratiques que comportait une telle solution. Compte tenu du point de vue que nous adoptons, il n'est pas nécessaire d'examiner ces objections.
- 48 Although it is possible to distinguish between the kinds of functions performed by the band council, in the light of the more recent cases, this distinction does not capture what is offensive about denying non-resident band members the right to vote, namely, the statement it makes about those members. The statement is that the voices of non-resident band members do not count, because they are "second-class" band members. When membership in a body run by representative government does not include the ability to hold that government accountable, membership is largely illusory.
- 48 Bien qu'il soit possible d'établir une distinction entre les types de fonctions que remplit le conseil de la bande, une telle distinction ne permet pas, à la lumière de la jurisprudence la plus récente, de saisir ce qu'il y a de répréhensible dans le refus d'accorder le droit de vote aux membres non-résidents de la bande, à savoir le message implicite que sous-tend ce refus en ce qui concerne les membres en question. Ce message est que la voix des membres de la bande qui ne résident pas dans les réserves ne compte pas, parce que ce sont des membres «de seconde zone». Lorsque l'appartenance à un corps dirigé par un gouvernement représentatif n'est pas assortie du droit d'obliger les élus à répondre de ses actes, cette appartenance est en grande partie illusoire.
- 49 Furthermore, the evidence is that the named respondents' interests lie beyond those which the Trial Judge characterized as being of "communal interest". Claire Robinson's interest is in the cultural life of the Band as well as the educational programs which are available for her children on the reserve.<sup>86</sup> Charlotte Syrette, who has regularly voted in Band elections in the past, is now unable to do so because she resides on the Garden River Reserve, which is not a reserve of the Band. She wishes to be able to vote in Band elections because she believes that the Chief is responsible for all members of the Band, not just those who live on the reserve. She also feels that his actions have an impact on all non-resident members including herself. Charlotte Syrette further described the Band as "one big family, one trying to take care of the other".<sup>87</sup> Finally, Frank Nolan gave evidence at trial that he has an interest in organizing sporting activities for young people which could take place on the reserve and in ensuring that money is set aside for such activities.<sup>88</sup> Furthermore, he would like to be able to vote as an expression of his
- 49 Qui plus est, suivant la preuve, les intérêts des intimés nommément désignés ne se limitent pas à ceux que le juge de première instance a qualifié d'«intérêts communs». Ainsi, Claire Robinson a un intérêt en ce qui concerne la vie culturelle de la bande, ainsi que dans les programmes d'éducation qui sont offerts aux enfants de la réserve<sup>86</sup>. Charlotte Syrette, qui a régulièrement voté aux élections tenues au sein de la bande par le passé, n'est plus habile à le faire parce qu'elle réside dans la réserve de Garden River, qui n'est pas une réserve de la bande. Elle désire pouvoir voter lors des élections tenues au sein de la bande, parce qu'elle estime que le chef doit répondre de ses actes devant tous les membres de la bande, et non pas seulement devant ceux qui vivent dans la réserve. Elle estime également que les actes du chef ont des incidences sur l'ensemble des membres de la bande qui ne vivent pas dans la réserve, y compris elle-même. Charlotte Syrette a d'ailleurs qualifié la bande de [TRADUCTION] «grande famille, où chacun s'occupe de l'autre»<sup>87</sup>. Finalement, Frank Nolan a témoigné au pro-

participation in the Band as well as his involvement “in people who are representing [him] as a Native person”.<sup>89</sup> As can be seen from this evidence, a distinction between “communal” and “local” matters does not address the crux of the discrimination felt by the respondents.

cès que son intérêt est d’organiser pour les jeunes des activités sportives qui pourraient avoir lieu dans la réserve et de s’assurer que de l’argent est affecté à de telles activités<sup>88</sup>. De plus, il aimerait pouvoir voter comme façon de participer aux affaires de la bande et d’exprimer son intérêt [TRADUCTION] «face aux personnes qui [le] représentent en tant qu’autochtone»<sup>89</sup>. Ainsi que ces témoignages le démontrent bien, le fait d’établir une distinction entre les questions «communales» et les questions «locales» ne permet pas de cerner la nature essentielle de la discrimination dont les intimés se disent victimes.

50 The right to vote may well be subject to qualification, but only if that qualification does not arbitrarily or irrationally exclude. Throughout this appeal, the appellant has relied on an analogy to municipal voting rights, in which residency within the territory governed by the municipality is a well-recognized limitation on voting, in order to justify the residency requirement in the *Indian Act*. This analogy was also relied on in part by the Trial Judge. Despite the fact that many of the functions performed by the band council are of a “local” nature to the extent that they relate to the operation of the reserve, this analogy ignores the fundamental distinction between a municipality and an Indian band within the meaning of the *Indian Act*. The analogy is inapt. The function of a municipal government is to serve a certain geographic location, the function of a band government is to serve a certain group of people, as defined by the *Indian Act*. Voting restrictions on the basis of residence are consistent with achieving the former, but they are fundamentally inconsistent with achieving the latter.

Le droit de vote peut certes être assorti de conditions, mais uniquement si ces conditions n’ont pas pour effet d’exclure des personnes de façon arbitraire ou irrationnelle. Pendant toute la durée du présent appel, pour justifier le critère de résidence prévu par la *Loi sur les Indiens*, l’appelante s’est fondée sur l’analogie qu’elle fait avec le droit de vote aux élections municipales, lors desquelles la résidence sur le territoire administré par la municipalité constitue une restriction bien connue au droit de vote. Le juge de première instance s’est lui aussi fondé en partie sur cette analogie. Malgré le fait que bon nombre des fonctions que remplit le conseil de bande soient de nature «locale», en ce sens qu’elles concernent l’administration courante de la réserve, cette analogie ne tient pas compte de la différence fondamentale qui existe entre une municipalité et une bande indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*. Cette analogie est inexacte. Le rôle d’un gouvernement municipal consiste à desservir un certain lieu géographique, tandis que le rôle du gouvernement d’une bande est de servir un certain groupe de personnes, au sens de la *Loi sur les Indiens*. Les restrictions qui sont apportées au droit de vote sur le fondement du lieu de résidence se justifient dans le premier cas, mais elles sont fondamentalement incompatibles avec l’atteinte des objectifs visés dans le second cas.

51 The appellant also points out that there is no evidence that the Band Council or the electors have exercised their legislative power in a manner which discriminates against non-resident Band members. They argue that there is, as of yet, no particular acts

L’appelante souligne également que rien ne permet de conclure que le conseil de la bande ou les électeurs ont exercé leur pouvoir législatif d’une manière qui soit discriminatoire pour les membres de la bande qui ne résident pas dans les réserves. Elle

of discrimination to which subsection 15(1) can be applied. They rely on *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*<sup>90</sup> for the proposition that, while the exercise of discretion may be the subject of Charter review, the statute which provides for the exercise of that discretionary power cannot be attacked because the discretion might in future be exercised in a discriminatory manner. Specifically, the appellant relies on the fact that non-reserve members and Bill C-31 members have received equal if not higher proportions of educational and housing subsidies provided by the Band.<sup>91</sup> Furthermore, they say that there is no evidence that Indian moneys have been spent in a way which discriminates against non-resident Band members. This focus ignores the true complaint of the respondents, which is that subsection 77(1) discriminates against non-resident Band members on its face. The complaint is not about the outcome of the vote, but rather that non-resident Band members are prevented at the outset from having a chance to participate in that vote. This is the focus of the claim of discrimination, not their day-to-day treatment. The respondents need not demonstrate that any particular political result has occurred in order to successfully prove discrimination as a result of their exclusion from participation in the process through which that result is achieved.

fait valoir qu'il n'y a encore aucun acte discriminatoire déterminé auquel le paragraphe 15(1) puisse s'appliquer. Elle invoque l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*<sup>90</sup> pour appuyer la proposition que, bien que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire puisse faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte, la loi qui prévoit l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne peut être attaquée au motif que le pouvoir discrétionnaire en question pourrait à l'avenir être exercé de façon discriminatoire. Plus précisément, l'appelante invoque le fait que les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve et les membres visés par le projet de loi C-31 ont obtenu une proportion égale, voire supérieure, des subventions fournies à la bande en matière d'éducation et de logement<sup>91</sup>. De surcroît, elle affirme que rien ne permet de penser que l'argent des Indiens a été dépensé d'une manière qui crée une discrimination à l'égard des membres de la bande qui ne résident pas dans les réserves. En adoptant cette manière de voir, l'appelante ne tient pas compte de ce dont les intimés se plaignent effectivement, c'est-à-dire du fait que le paragraphe 77(1) établit, à sa face même, une discrimination à l'égard des membres de la bande qui ne résident pas dans les réserves. Les intimés ne se plaignent pas de l'issue du scrutin, mais bien du fait qu'on refuse dès le départ aux membres de la bande qui ne résident pas dans les réserves de la possibilité de participer à ce scrutin. L'accusation de discrimination repose d'abord et avant tout sur ce refus, et non sur le traitement quotidien dont les membres de la bande font l'objet. Les intimés n'ont pas à établir qu'un résultat politique déterminé s'est produit pour réussir à démontrer qu'ils ont été victimes de discrimination par suite de leur exclusion du processus menant à ce résultat.

52 The distinction drawn by subsection 77(1) is, in every respect, discriminatory, having been made on the basis of an irrelevant personal characteristic which it is the purpose of subsection 15(1) to prevent. For this reason, we cannot limit our finding of discrimination to the impact of subsection 77(1) on matters of a "communal interest" to the Band. Such a result does not reflect the facially discriminatory nature of the legislation, nor does it accord with the

La distinction établie par le paragraphe 77(1) est, à tous égards, discriminatoire, car elle repose sur des caractéristiques personnelles non pertinentes, que le paragraphe 15(1) vise précisément à empêcher. Pour ce motif, nous nous pouvons limiter notre conclusion de discrimination aux incidences du paragraphe 77(1) sur les questions d'«intérêt commun» aux membres de la bande. Un tel résultat ne tiendrait pas compte du caractère manifestement discriminatoire

52

evidence of the respondents regarding the matters which they feel are of interest to all Band members, whether or not they live on the reserve.

### Section 1 analysis

53 Having found that subsection 77(1) violates the equality rights of off-reserve members of the Band, we must now consider whether the provision can be saved by section 1. In *Miron*, *supra*, McLachlin J. provided a succinct summary of the *Oakes*<sup>92</sup> test:

Determining whether it has been demonstrated that the impugned distinction is “demonstrably justified in a free and democratic society” involves two inquiries. First, the goal of the legislation is ascertained and examined to see if it is of pressing and substantial importance. Then the court must carry out a proportionality analysis to balance the interests of society with those of individuals and groups. The proportionality analysis comprises three branches. First, the connection between the goal and the discriminatory distinction is examined to ascertain if it is rational. Second, the law must impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish the objective. Finally, if these two conditions are met, the court must weigh whether the effect of the discrimination is proportionate to the benefit thereby achieved.<sup>93</sup>

For the reasons which follow, we find that subsection 77(1) may pass muster on the basis that its goal is of pressing and substantial importance, but it fails the first branch of the three-branch proportionality analysis.

54 The onus of establishing that the impugned provision is saved by section 1 falls on the Government. The Trial Judge found that this burden had not been satisfied with respect to the impact of subsection 77(1) on the ability of off-reserve members to participate in decisions regarding disposition of the Band’s land and management of its money. Instead, he concluded that “[n]o rationale has been seriously advanced as to why members not resident on a reserve should have no input into such decisions when these decisions involve property held for the

de cette disposition législative et ne s’accorderait pas avec le témoignage donné par les intimés au sujet des questions qui, selon eux, intéressent l’ensemble des membres de la bande, qu’ils résident ou non dans la réserve.

### Analyse fondée sur l’article premier

53 Ayant conclu que le paragraphe 77(1) viole les droits à l’égalité des membres de la bande qui vivent à l’extérieur de la réserve, nous devons maintenant nous demander si la disposition peut être sauvegardée par l’article premier. Dans l’arrêt *Miron*, précité, le juge McLachlin a résumé de façon succincte le critère de l’arrêt *Oakes*<sup>92</sup>:

Pour déterminer s’il a été établi que la justification de la distinction attaquée peut «se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique», il faut procéder en deux étapes. Il faut d’abord examiner l’objet de la loi et déterminer s’il est d’une importance urgente et réelle. Le tribunal doit ensuite procéder à une analyse de proportionnalité visant à soupeser les intérêts de la société par rapport à ceux des personnes et des groupes. Cette analyse comporte trois volets. Premièrement, on examine s’il existe un lien rationnel entre l’objectif et la distinction discriminatoire. Deuxièmement, il faut s’assurer que la loi n’empiète pas sur le droit plus qu’il est raisonnablement nécessaire de faire pour atteindre cet objectif. Enfin, si ces conditions sont réunies, le tribunal doit déterminer si l’effet de la discrimination est proportionnel à l’avantage réalisé<sup>93</sup>.

Pour les motifs qui suivent, nous concluons que le paragraphe 77(1) peut être jugé acceptable au motif que son objet est d’une importance urgente et réelle. Il ne satisfait toutefois pas au premier volet du critère à trois volets de la proportionnalité.

54 C’est à l’État qu’il incombe de démontrer que la disposition contestée est sauvegardée en vertu de l’article premier. Le juge de première instance a conclu que l’État ne s’était pas acquitté de ce fardeau en ce qui concerne les incidences du paragraphe 77(1) sur la capacité des membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve de participer aux décisions relatives à l’aliénation des terres de la bande et à la gestion de son argent. Il a plutôt conclu qu’«[o]n n’a apporté aucune explication sérieuse à la position voulant que les membres qui

use and benefit of the entire band and in which each member of the band has a communal interest".<sup>94</sup> He went on to pose the problem faced by the appellant in the following way:

A fundamental concept of the *Indian Act* is that a person may have Indian status, band membership, and enjoy communal rights in property, both land and moneys, held by Her Majesty for the use and benefit of the band, without living on a reserve. How then can a law be justified which denies those who do not live on a reserve—some willingly, some unwillingly—any control over the disposition of that property when the consent of those who happen to live on the reserve must be obtained by Her Majesty for any such disposition?<sup>95</sup>

55 No submissions were made to us on appeal which could overcome this absence of justification as identified by the Trial Judge. It was argued by the appellant that allowing off-reserve members to vote may lead to a decision by the Band to sell Band lands for profit to the irreparable detriment of future generations. As was discussed above in the subsection 15(1) analysis, this allegation was not supported by any evidence. An unsubstantiated allegation of this nature is not enough to justify discrimination against off-reserve members of the Band. It does not provide the answer to the Trial Judge's question, at least with respect to the impact of subsection 77(1) on matters of "communal interest".

56 Consistent with our finding under subsection 15(1) that the discriminatory effect of subsection 77(1) is not limited to its impact on matters of "communal interest" alone, but instead is based on its denial of a fundamental right of participation, we do not limit our concern to decisions involving land and money. We restate the critical flaw in the appellant's section 1 submissions in the following way: no rationale has been seriously advanced as to why non-resident members of a band should have no input whatsoever into decisions involving them and their Band.

ne résident pas sur une réserve ne devraient pas pouvoir participer aux décisions portant sur des biens détenus à l'usage et au profit de l'ensemble de la bande et dans lesquels chacun des membres a un intérêt commun»<sup>94</sup>. Il a poursuivi en exposant dans les termes suivants le problème auquel l'appelante faisait face:

Or, l'une des notions fondamentales de la *Loi sur les Indiens* est qu'il est possible d'avoir le statut d'Indien, d'appartenir à la bande et de jouir des droits communs dans les biens—terres et sommes d'argent—que détient Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande, sans vivre dans une réserve. Comment alors peut-on justifier une disposition qui nie à ceux qui ne vivent pas dans une réserve—volontairement ou involontairement selon les cas—tout contrôle sur l'aliénation de ces biens lorsque Sa Majesté doit obtenir à cette fin le consentement de ceux qui vivent dans la réserve?<sup>95</sup>

Lors du présent appel, on ne nous a fait valoir aucun moyen qui pourrait faire disparaître cette absence de justification constatée par le juge de première instance. L'appelante soutient que le fait de permettre aux membres non-résidents de voter peut amener la bande à décider de vendre à profit les terres de la bande au détriment irréparable des générations futures. Ainsi que nous en avons déjà parlé dans le cadre de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1), cette allégation n'est appuyée par aucun élément de preuve. Une allégation non appuyée de ce genre ne suffit pas à justifier la discrimination dont font l'objet les membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve. Elle ne fournit pas de réponse à la question posée par le juge de première instance, du moins pour ce qui est des incidences du paragraphe 77(1) sur les questions d'«intérêt commun».

56 Conformément à la conclusion que nous tirons en vertu du paragraphe 15(1) et suivant laquelle l'effet discriminatoire du paragraphe 77(1) ne se limite pas à ses incidences sur les seules questions d'«intérêt commun» mais qu'il repose plutôt sur sa violation d'un droit fondamental de participation, nous ne limitons pas notre analyse aux décisions portant sur des terres et de l'argent. Nous répétons de la façon suivante la faille essentielle que comportent les moyens que l'appelante tire de l'article premier: on n'a invoqué aucune explication sérieuse pour expliquer pourquoi les membres d'une bande qui ne

résident pas dans une réserve ne devraient pas pouvoir participer de quelque façon que ce soit aux décisions les concernant et concernant leur bande.

57 The appellant has argued that the similarities between municipal government and band councils, to the extent that they manage band reserves, provide this rationale. As we have already determined, however, a municipal analogy is of limited assistance in this context. The *Indian Act* does not define bands by residency, but by membership. All band members regardless of residency have a stake in band governance, even where it is directed mainly at life on the reserve.

L'appelante soutient que cette explication se trouve dans les similitudes qui existent entre les gouvernements municipaux et les conseils de bande, dans la mesure où ceux-ci gèrent des réserves de bandes. Toutefois, ainsi que nous l'avons déjà jugé, l'analogie avec les gouvernements municipaux est de peu d'utilité dans le présent contexte. La *Loi sur les Indiens* ne définit pas les bandes en fonction de la résidence, mais en fonction de l'appartenance. Tous les membres de la bande ont, indépendamment de leur lieu de résidence, un intérêt dans la façon dont la bande est gouvernée, même lorsque le gouvernement de la bande porte principalement sur la gestion des affaires courantes de la réserve.

58 The reasons for which we refuse to uphold subsection 77(1) under section 1 are simply stated. In short, pursuant to the first branch of the proportionality test of *Oakes, supra*, subsection 77(1) fails as a reasonable limit prescribed by law because there is no rational connection between the legislative objective and the means taken to achieve it. The appellant Band has argued that the purpose of subsection 77(1) is to provide a voting mechanism for voting for a band council and chief which exist primarily for the administration of on-reserve or local matters. While it may be possible to characterize the purpose of the subsection in this way, this qualification in the object of the provision is not sufficient to establish a rational connection between the goal of the legislation and the discriminatory distinction. Whether or not the band council and chief exist primarily for this purpose does not, as we have discussed, address the crux of the type of discrimination at issue in this case. The discriminatory prohibition on voting by off-reserve members is not justified by the fact that band governance is often concentrated on matters of interest exclusively to those on the reserve. The respondents' evidence has clearly demonstrated that band members who do not live on the reserve continue to be vitally interested and concerned with issues and decisions relating to it. The *Indian Act* itself specifies that a

Les motifs pour lesquels nous refusons de confirmer la validité du paragraphe 77(1) en vertu de l'article premier sont simples. En résumé, pour ce qui est du premier volet du critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*, précité, la restriction prévue au paragraphe 77(1) ne constitue pas une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, parce qu'il n'existe pas de lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et les moyens qu'il a pris pour l'atteindre. La bande appelante soutient que l'objet du paragraphe 77(1) est de prévoir un mécanisme de vote aux élections des membres et du chef du conseil de bande et que ce mécanisme existe principalement pour l'administration des affaires courantes propres à la réserve ou pour les questions d'ordre locale. Bien qu'il soit possible de qualifier ainsi l'objet de ce paragraphe, cette qualification ne suffit pas à établir l'existence d'un lien rationnel entre l'objet de la disposition et la distinction discriminatoire. La question de savoir si le conseil et le chef de la bande existent surtout à cette fin n'a, ainsi que nous l'avons déjà dit, rien à voir avec la nature de la discrimination en cause dans l'affaire qui nous occupe. L'interdiction discriminatoire de voter qui est faite aux membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve n'est pas justifiée par le fait que le gouvernement de la bande est souvent axé principalement sur des questions qui intéressent

57

58

reserve is for the use and benefit of all members of the band, regardless of their place of residence.

exclusivement ceux qui se trouvent dans la réserve. Il ressort à l'évidence de la preuve présentée par les intimés que les membres de la bande qui ne vivent pas dans la réserve continuent à être extrêmement intéressés et concernés par les questions et les décisions qui les touchent. La *Loi sur les Indiens* elle-même précise que les réserves sont à l'usage et au profit de tous les membres de la bande, indépendamment de leur lieu de résidence.

59 In our view, the objective of the provision must be construed more broadly than the appellant Band has suggested. To us, the purpose of subsection 77(1) is to establish a voting regime in which all those who are affected by the outcome of the vote are entitled to participate. This is the hallmark of a democratic system and is essential to evaluating the means taken to implement it. While establishing a voting regime in which all those who are affected by the outcome of the vote are entitled to participate is a "pressing and substantial" objective, it is not rational to deny a vote to those who do not live on the reserve, because they too are affected by the decisions of the chief and the band council, whose function it is to run the band. They are bound by the decisions of the chief and the band council in so far as those decisions may impact on them. However, they lack the ability to hold the chief and the band council accountable. To exclude non-resident band members from participating in their selection is, therefore, contrary to the principles on which the electoral provisions of the *Indian Act* were built. For this reason, we find that because there is no rational connection between the goal and the discretionary provision, subsection 77(1) of the *Indian Act* is not saved by section 1.

À notre avis, l'objet de la disposition doit être interprété de façon plus large que la bande appelante ne le prétend. Selon nous, le paragraphe 77(1) a pour objet d'instaurer un régime électoral auquel tous ceux qui sont touchés par l'issue du scrutin ont le droit de participer. Cet objectif est la marque d'un régime démocratique et, pour pouvoir vérifier si l'objectif visé est atteint, le droit de participer au scrutin est essentiel. Bien que l'instauration d'un régime électoral auquel tous ceux qui sont touchés par l'issue du scrutin ont le droit de participer constitue un objectif «urgent et réel», il n'est pas rationnel de refuser le droit de vote à ceux qui ne vivent pas dans la réserve, car ils sont, eux aussi, touchés par les décisions du chef et du conseil de la bande, dont le rôle consiste à diriger la bande. Les membres non-résidents sont liés par les décisions du chef et du conseil de la bande dans la mesure où ces décisions peuvent avoir des incidences sur eux. Pourtant, ils n'ont pas le pouvoir d'obliger le chef et les membres du conseil de la bande à leur rendre des comptes. Interdire aux membres de la bande qui ne résident pas dans une réserve le droit de participer au choix de ces personnes va par conséquent à l'encontre des principes sur lesquels reposent les dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens*. Pour ce motif, nous concluons que, parce qu'il n'existe pas de lien rationnel entre l'objectif visé et la disposition discriminatoire, le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* n'est pas sauvé par l'article premier.

#### Fiduciary Duty of the Crown

60 In support of the respondents' position, it was argued by CAP that the residency requirement in subsection 77(1) constitutes a breach of the fiduciary

#### Obligation fiduciaire de la Couronne

Au soutien de la thèse des intimés, le Congrès affirme que le critère de résidence prévu au paragraphe 77(1) constitue un manquement à l'obligation

duty owed by the Crown to Aboriginal peoples. Specifically, it was argued that excluding members of the band from participation in the band on the basis of residency is inconsistent with the Crown's fiduciary obligation to act in the best interests of Aboriginal peoples. In light of our findings under section 15 and section 77, it is not necessary for us to decide this issue. We remark in passing, however, that to apply the fiduciary duty in this context, where the dispute over competing visions of band democracy is internal to the band itself, would be an extremely novel exercise and one which has yet to find expression in the jurisprudence on the fiduciary duty.

### Remedy

61 On the basis of the evidence presented on this appeal, we have found that subsection 77(1) of the *Indian Act* violates subsection 15(1) of the Charter in a manner which cannot be justified under section 1. The respondents are entitled to a remedy which rectifies this discrimination. The order made by the Trial Judge was the subject of some disagreement on appeal. Despite distinguishing between the effects of the residency requirement on issues of "communal interest" as opposed to "local governance", the Trial Judge ordered a declaration of invalidity of subsection 77(1) in its entirety as it related to the Band. In rejecting other remedial alternatives, he stated that "[i]t is not possible to sever the invalid parts as subsection 77(1) conforms with or violates the Charter depending on the other sections governed by it".<sup>96</sup> He also rejected "reading in" as a viable alternative because, contrary to the guidelines set down in *Schachter v. Canada*,<sup>97</sup> it would require speculation as to Parliament's intentions. The Trial Judge justified the limited application of the declaration to the Band on the ground that the evidence presented at trial addressed only the effects of the voting restriction on this particular Band. Finally, the Trial Judge postponed the declaration in order to allow Parliament an opportunity to redraft the provision.

fiduciaire qui est imposée à Sa Majesté à l'égard des peuples autochtones. Plus précisément, le Congrès fait valoir que le fait de refuser à des membres de la bande le droit de participer aux affaires de la bande en raison de leur lieu de résidence est incompatible avec l'obligation fiduciaire qui est imposée à Sa Majesté d'agir au mieux des intérêts des peuples autochtones. Compte tenu des conclusions auxquelles nous en venons au sujet des articles 15 et 77, nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de trancher cette question. Nous faisons toutefois remarquer, entre parenthèses, qu'appliquer la théorie de l'obligation fiduciaire dans le présent contexte, dans lequel le contentieux sur les conceptions divergentes de la démocratie au sein de la bande ne concerne que la bande elle-même, serait une façon de procéder tout à fait nouvelle qui n'a pas encore été retenue dans la jurisprudence sur l'obligation fiduciaire.

### Réparation

61 Vu l'ensemble de la preuve présentée dans le cadre du présent appel, nous concluons que le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* viole le paragraphe 15(1) de la Charte d'une façon qui ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. Les intimés ont droit à une réparation qui corrige cette discrimination. L'ordonnance que le juge de première instance a rendue a fait l'objet d'un certain désaccord en appel. Ainsi, malgré le fait qu'il a établi une distinction entre les effets du critère de résidence sur les questions d'«intérêt commun» et les questions d'«administration courante», le juge de première instance a ordonné que le paragraphe 77(1) soit déclaré invalide dans sa totalité pour ce qui était de la bande. En refusant d'accorder les autres réparations, il a affirmé: «[i]l est en effet impossible d'en dissocier les parties invalides étant donné que le paragraphe 77(1) se conforme à la Charte ou y contrevient suivant les autres articles qu'il régit»<sup>96</sup>. Il a également refusé de retenir l'«interprétation large» comme solution de rechange viable parce que, contrairement aux lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Schachter c. Canada*<sup>97</sup>, cela obligerait à spéculer sur les intentions du législateur. Le juge de première instance a justifié l'application limitée du jugement déclaratoire à la bande en expliquant que la preuve présentée au procès ne portait que sur les

effets de la restriction apportée au droit de vote dont cette bande déterminée faisait l'objet. Finalement, le juge de première instance a suspendu l'effet du jugement déclaratoire de façon à donner au législateur fédéral la possibilité de modifier la disposition en cause.

62 The appellant argues that the Trial Judge exceeded his jurisdiction in addressing the impact of subsection 77(1) on provisions in the *Indian Act* dealing with Indian moneys and land such as paragraph 39(1)(b) and subsections 64(1) and 66(1). It was also suggested that the Trial Judge had declared these provisions relating to matters of “communal interest” to be discriminatory as well. Although we do not rely on the distinction between matters of “communal interest” and “local governance” as adopted by the Trial Judge, it should be noted that we do not read the decision of the Trial Judge as producing a result which was beyond his jurisdiction. First, any reference to other provisions of the *Indian Act* was solely for the purpose of gaining an understanding of the impact of subsection 77(1) on the larger legislative framework in which it operates. This is a necessary inquiry in Charter analysis. Second, the Trial Judge did not hold that any provisions other than subsection 77(1) were discriminatory. Rather, he relied on the discriminatory effect of the impugned subsection on other provisions in the *Indian Act* in order to assist in explaining why subsection 77(1) contravened subsection 15(1) of the Charter. Such an explanation was well within his jurisdiction.

L'appelante soutient que le juge de première instance est sorti de sa compétence en examinant les incidences du paragraphe 77(1) sur les dispositions de la *Loi sur les Indiens* portant sur l'argent et les terres des Indiens, tels que l'alinéa 39(1)b) et les paragraphes 64(1) et 66(1). Elle laisse également entendre que le juge de première instance avait également jugé discriminatoires les dispositions qui se rapportent à des questions d'«intérêt commun». Bien que nous ne retenions pas la distinction que le juge de première instance a faite entre les questions d'«intérêt commun» et les questions d'«affaires courantes», il convient de noter qu'à notre avis, la décision du juge de première instance n'a pas produit un résultat qui permette de conclure qu'il a outrepassé les limites de sa compétence. En premier lieu, ce n'est que pour mieux saisir les incidences du paragraphe 77(1) sur le cadre législatif plus large dans lequel il s'insère que le juge de première instance a cité d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Cette analyse s'impose dans le cadre de toute analyse fondée sur la Charte. En second lieu, le juge de première instance n'a pas statué que d'autres dispositions que le paragraphe 77(1) étaient discriminatoires. Il s'est plutôt fondé sur l'effet discriminatoire que le paragraphe contesté avait sur d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* pour essayer d'expliquer pourquoi le paragraphe 77(1) contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte. Il entrait parfaitement dans le cadre de ses attributions de donner cette explication.

63 The respondents request in their written submissions that, should the order of the Trial Judge stand, the declaration read that subsection 77(1) is struck down as it applies to the Band. In the alternative they proposed a declaration that subsection 77(1) be struck down in its entirety as it applies to all bands, which declaration should be suspended for

Les intimés demandent dans leurs observations écrites que, dans le cas où l'ordonnance du juge de première instance serait confirmée, il soit précisé dans le jugement déclaratoire que le paragraphe 77(1) est déclaré inopérant en ce qui concerne la bande. À titre subsidiaire, ils proposent que la Cour rende un jugement déclarant inopérant dans sa tota-

all except the band which would be exempted. In the further alternative they suggest that the “offending” portion, “and is ordinarily a resident of the reserve”, be severed from the impugned provision. In oral submissions, the respondents chose to limit their written prayers for relief and to seek only a remedy limited to the Band. The request for a general declaration of invalidity of subsection 77(1) was abandoned at this point. We will proceed on this basis and attempt to fashion a remedy that will apply only to this Band, mainly because in the end that is what was sought by the respondents, although the intervenors urged a more radical remedy.<sup>98</sup>

lité le paragraphe 77(1) pour ce qui est de toutes les bandes indiennes et que l’effet de ce jugement déclaratoire soit suspendu à l’égard de toutes les bandes, sauf la bande en cause, qui serait soustraite à son application. À titre plus subsidiaire encore, ils suggèrent que le passage «incriminé», en l’occurrence «et réside ordinairement sur la réserve» soit retranché de la disposition contestée. Dans leur plaidoyer, les intimés ont choisi de limiter leurs conclusions écrites et de solliciter une réparation qui ne concerne que la bande. Ils ont alors renoncé à demander à la Cour de déclarer inopérant le paragraphe 77(1) en son entier. Nous procéderons donc en tenant compte de cet état de fait et nous essaierons d’accorder une réparation qui ne s’applique qu’à la bande, surtout parce qu’en fin de compte, c’est ce que les intimés ont demandé, bien que les intervenants réclament une réparation plus radicale<sup>98</sup>.

64 We are of the view that this is an appropriate case to grant a constitutional exemption. Professor Hogg states that “[t]he advantage of the constitutional exemption is that it enables the Court to uphold a law that is valid in most of its applications by creating an exemption for those applications that would offend the Charter”.<sup>99</sup> Although the Supreme Court of Canada has yet to grant a constitutional exemption in a majority decision, various provincial appellate courts have done so. The Supreme Court of Canada has, nevertheless recognized the exemption as a possible remedial avenue. Dickson C.J. affirmed this in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*<sup>100</sup> when he observed that “[i]n *Big M Drug Mart Ltd.* . . . the majority of the Court left open the possibility that in certain circumstances a ‘constitutional exemption’ might be granted from otherwise valid legislation to particular individuals whose religious freedom was adversely affected by the legislation”.

Nous sommes d’avis qu’il convient en l’espèce d’accorder une exemption constitutionnelle. Le professeur Hogg déclare que [TRADUCTION] «l’avantage de l’exemption constitutionnelle est qu’elle permet au tribunal de confirmer la validité d’une loi qui est valide dans la plupart de ses applications en créant une exemption pour les applications qui contreviendraient à la Charte»<sup>99</sup>. Bien que la Cour suprême du Canada n’ait pas encore rendu de décision majoritaire accordant une exemption constitutionnelle, plusieurs juridictions d’appel provinciales l’ont fait. La Cour suprême du Canada a néanmoins reconnu que l’exemption constituait une réparation possible. Le juge en chef Dickson l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*<sup>100</sup>, dans lequel il a fait remarquer que «[dans] l’arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour à la majorité n’a pas nié la possibilité d’accorder à certaines personnes, dans certains cas, une “exemption constitutionnelle” de l’application d’une loi par ailleurs valide qui porte atteinte à leur liberté de religion».

65 In order to gain a sense of the way in which exemptions can be used to remedy the unconstitutional effects of legislation, a review of appellate decisions in which they have been awarded is of assistance. First, in *Seaboyer and The Queen, Re*,<sup>101</sup> the Ontario Court of Appeal adopted a constitutional

Pour bien saisir de quelle façon les exemptions peuvent servir à corriger les effets discriminatoires d’une disposition législative, il est utile de passer en revue les décisions dans lesquelles des tribunaux d’appel ont accordées de telles exemptions. En premier lieu, dans l’arrêt *Seaboyer and The Queen*,

64

65

exemption as a means of correcting the fact that section 246.6 of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19)] could, in some cases, amount to a violation of an accused's section 7 and paragraph 11(d) Charter rights. This *Criminal Code* provision prohibited the use of evidence of a complainant's prior sexual activity by the accused in a sexual assault case, subject to certain exceptions. Grange J.A. awarded a constitutional exemption instead of a declaration of invalidity in part because "it would be disastrous to declare the section invalid for all purposes and return to the position at common law where any evidence of prior sexual conduct was admissible so long as it was relevant to a material issue" and also because it would be "almost impossible to set a practical test or detail the varied but rare occasions when evidence of sexual conduct with another person will be necessary to enable the accused to have an opportunity for full answer and defence".<sup>102</sup> More generally, and most importantly, Grange J.A. considered the constitutional exemption as providing a result which satisfied section 52, which states that:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. [Underlining added.]

Although the exemption was not adopted by the Supreme Court for reasons which will be addressed below, Grange J.A.'s comments on the guidance which section 52 provides in the selection of a remedy are nonetheless still instructive.

*Re*<sup>101</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a recouru à une exemption constitutionnelle comme moyen de corriger le fait que l'article 246.6 du *Code criminel* [S.R.C. 1970, ch. C-34 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19)] pouvait, dans certains cas, porter atteinte aux droits garantis à un inculpé par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte. La disposition en cause du *Code criminel* empêchait l'accusé, sous réserve de certaines exceptions, d'utiliser tout élément de preuve portant sur les antécédents sexuels du plaignant dans une affaire d'agression sexuelle. Le juge d'appel Grange a accordé une exemption constitutionnelle au lieu de déclarer la disposition attaquée inopérante notamment parce que [TRADUCTION] «il serait désastreux de déclarer l'article inopérant à toutes fins que de droit et de revenir à la situation où, en common law, tout élément de preuve portant sur les antécédents sexuels de la victime était admissible à condition qu'il soit pertinent à une question importante en litige» et aussi parce qu'il serait [TRADUCTION] «presque impossible de fixer un critère pratique ou de prévoir en détail les cas variés mais rares dans lesquels il sera nécessaire de présenter des éléments de preuve au sujet de la conduite sexuelle antérieure de la victime avec une autre personne pour permettre à l'inculpé d'avoir la possibilité de présenter une défense pleine et entière»<sup>102</sup>. De façon plus générale, le juge Grange a estimé que l'exemption constitutionnelle permettait—ce qui était encore plus important—d'obtenir un résultat qui satisfaisait aux exigences de l'article 52, qui dispose:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. [Soulignement ajouté.]

Bien que la Cour suprême n'ait pas accordé d'exemption pour les motifs que nous examinerons plus loin, les observations formulées par le juge Grange au sujet des indices que l'on trouve à l'article 52 en ce qui concerne le choix de la réparation à accorder n'en demeurent pas moins instructives.

66 Second, in *R. v. Westfair Foods Ltd. and Canada Safeway Ltd.*,<sup>103</sup> the Saskatchewan Court of Appeal adopted the use of constitutional exemptions on a case-by-case basis where a Sunday closing law did

Deuxièmement, dans l'arrêt *R. v. Westfair Foods Ltd. and Canada Safeway Ltd.*<sup>103</sup>, la Cour d'appel de la Saskatchewan a adopté le recours aux exemptions constitutionnelles au cas par cas dans une affaire 66

not provide a statutory exemption for people who observed their sabbath on a day other than Sunday. The Court of Appeal characterized the lower Court's decision to strike down the law in its entirety as both "excessive" and "unnecessary" on the ground that any difficulties in application could be overcome. It was thought that this was a preferable alternative to striking down a law which offended the Charter in only a limited way.<sup>104</sup> In a manner similar to the Ontario Court of Appeal's approach in *Seaboyer*, the Court further justified the use of a constitutional exemption by invoking the wording of subsection 52(1) itself:

... the court's power to render inoperative the whole of the law, not just its offending effects, is highly questionable in light of the language of s. 52(1). That section provides that any law which is inconsistent with the Constitution is "to the extent of the inconsistency" of no force or effect.<sup>105</sup>

The Court interpreted subsection 52(1) as imposing a positive obligation on courts to award constitutional exemptions in cases where the inconsistency of a particular law is limited in its effect. The Court ultimately awarded the constitutional exemption under subsection 24(1), stating that "[i]ndividual remedies granted pursuant to s. 24(1) can protect rights and freedoms adequately by dealing discretely and precisely with those situations where the effect of an otherwise valid law impinges a right or freedom".<sup>106</sup>

concernant une loi qui prescrivait la fermeture des commerces le dimanche sans prévoir d'exemption dans le cas des personnes qui observaient un autre jour de repos que le dimanche. La Cour d'appel a qualifié de [TRADUCTION] «excessive» et d'«inutile» la décision par laquelle la juridiction inférieure avait déclaré la loi invalide en son entier. La Cour d'appel s'est dite d'avis que les difficultés d'application de cette loi pouvaient être surmontées et a estimé que la solution qu'elle préconisait était préférable à l'invalidation d'une loi qui ne contrevenait à la Charte que d'une façon limitée<sup>104</sup>. S'inspirant du raisonnement suivi par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Seaboyer*, la Cour a en outre justifié le recours à l'exemption constitutionnelle en invoquant le libellé du paragraphe 52(1) lui-même:

[TRADUCTION] ... le pouvoir du tribunal de rendre toute la loi inopérante, et non pas seulement les effets qu'on lui reproche, est fortement discutable, compte tenu du libellé de l'art. 52(1). Ce paragraphe dispose en effet que la Constitution rend inopérantes «les dispositions incompatibles» de toute autre règle de droit<sup>105</sup>.

La Cour a interprété le paragraphe 52(1) comme imposant aux tribunaux l'obligation positive d'accorder une exemption constitutionnelle dans les cas où l'incompatibilité d'une règle de droit déterminée a des effets limités. La Cour a finalement accordé une exemption constitutionnelle en vertu du paragraphe 24(1) en précisant que [TRADUCTION] «les réparations individuelles qui sont accordées en vertu de l'art. 24(1) permettent de protéger suffisamment les droits et les libertés en réglant de façon précise les cas dans lesquels l'effet d'une règle de droit par ailleurs valide porte atteinte à un droit ou à une liberté»<sup>106</sup>.

67 Most recently, in *Snow v. Kashyap*,<sup>107</sup> the Newfoundland Court of Appeal awarded a constitutional exemption from a limitation period to a mentally disabled plaintiff who was attempting to sue his doctors. The Court justified its use of the exemption on the ground that, while the short limitation period violated subsection 15(1) of the Charter to the extent of its effect on the plaintiff, it was in other respects constitutionally valid. To this end, the Court stated that, while "the two year limitation imposed by s. 25 of the **Medical Act** ... is not

Plus récemment, dans l'arrêt *Snow v. Kashyap*<sup>107</sup>, 67 la Cour d'appel de Terre-Neuve a accordé à un déficient intellectuel qui poursuivait ses médecins une exemption constitutionnelle relativement à un délai de prescription. La Cour a justifié le recours à l'exemption par le fait que, bien que le court délai de prescription violât le paragraphe 15(1) de la Charte en raison de ses effets sur le demandeur, il était à tous autres égards valide sur le plan constitutionnel. À cet égard, la Cour a déclaré que, bien que [TRADUCTION] «le délai de prescription de deux ans

unconstitutional and the enactment addresses a legitimate social objective . . . . It is virtually impossible . . . for such a statutory measure of general application not to result in unfairness in some isolated instances”.<sup>108</sup> Relying on *Schachter*,<sup>109</sup> in which Lamer C.J. held that an individual remedy under subsection 24(1) is available where the “provision in question is not in and of itself unconstitutional, but some action taken under it infringes a person’s *Charter* rights”, the Court awarded the plaintiff a constitutional exemption under subsection 24(1).

prescrit par l’art. 25 de la **Medical Act** . . . ne soit pas inconstitutionnel et que la disposition législative vise un objectif social légitime . . . il est pratiquement impossible qu’une telle mesure législative d’application générale ne crée pas d’injustices dans certains cas isolés»<sup>108</sup>. Se fondant sur l’arrêt *Schachter*<sup>109</sup>, dans lequel le juge en chef Lamer a statué qu’il y avait lieu à une réparation en vertu du paragraphe 24(1) lorsque «la disposition législative n’est pas inconstitutionnelle en soi, mais qu’elle a donné lieu à une mesure prise en contravention des droits garantis par la *Charte*», la Cour a accordé au demandeur une exemption constitutionnelle en vertu du paragraphe 24(1).

68 In each of these decisions, the courts relied on the constitutional exemption in order to provide Charter relief only to the extent it was needed, instead of striking down legislation which served a legitimate purpose and was otherwise constitutional. This approach to laws which are found to be over-broad is consistent with the approach taken in the United States as summarized by Professor Tribe:

Of course, almost every law . . . is potentially applicable to constitutionally protected acts; that danger is not ordinarily thought to invalidate the law as such but merely to invalidate its enforcement against protected activity. A plausible challenge to a law as *void for overbreadth* can be made only when (1) the protected activity is a significant part of the law’s target, and (2) there exists no satisfactory way of severing the law’s constitutional from its unconstitutional applications so as to excise the latter clearly in a single step from the law’s reach.<sup>110</sup>

Dans chacune de ces décisions, les tribunaux se sont fondés sur l’exemption constitutionnelle pour accorder une réparation en vertu de la Charte uniquement dans la mesure où cette réparation était nécessaire, au lieu de déclarer inconstitutionnelle une disposition législative qui visait un objectif légitime et était par ailleurs constitutionnelle. Cette conception des dispositions législatives dont la portée est jugée trop large s’accorde avec le point de vue qui est adopté aux États-Unis et que résume le professeur Tribe dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Évidemment, presque toute disposition législative . . . s’applique potentiellement à des actes protégés par la Constitution; en règle générale, on ne considère pas que l’existence d’un tel danger rende la disposition législative invalide comme telle, mais qu’elle a simplement pour effet de rendre cette disposition inapplicable en ce qui concerne les actes protégés. Une contestation plausible d’une disposition législative que l’on prétend *nulle en raison de sa portée trop large* ne peut être présentée que si les conditions suivantes sont réunies: (1) l’acte protégé constitue l’un des principaux objets visés par la loi; (2) il n’existe pas de façon satisfaisante de dissocier les cas d’application de la disposition législative qui sont constitutionnels de ceux qui sont inconstitutionnels et de soustraire ainsi commodément ces derniers à l’application de la disposition législative en question<sup>110</sup>.

69 Individual members of the Supreme Court of Canada have, at various times, considered the utility of constitutional exemptions, but the Court as a whole has not yet squarely confronted the issue. The Supreme Court’s reluctance to rely on constitutional exemptions,<sup>111</sup> where it has been found that a law

Certains membres de la Cour suprême du Canada ont, à divers moments, examiné l’utilité des exemptions constitutionnelles, mais la Cour n’a pas, dans son ensemble, abordé de front la question. La répugnance de la Cour suprême à accorder une exemption constitutionnelle<sup>111</sup>, dans les cas où elle juge

violates the Charter, stems in part from a concern that case-by-case justice may leave largely intact an offensive law that is over-inclusive. This concern over the breadth of judicial discretion that would be allowed was expressed by Wilson J. in her concurring judgment in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*,<sup>112</sup> a case in which the Supreme Court struck down a provision of the federal *Public Service Employment Act* [R.S.C., 1985, c. P-33] which prohibited public servants from working for a political party or candidate. Wilson J. stated that she did not believe it was open to the Court to “cure over-inclusiveness on a case by case basis leaving the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books”.<sup>113</sup>

qu’une règle de droit viole la Charte, s’explique en partie par le fait qu’elle craint qu’une justice au cas par cas ne laisse largement intacte une mesure législative inconstitutionnelle dont la portée est trop large. Cette préoccupation au sujet de la portée du pouvoir discrétionnaire des tribunaux qui serait permis a été exprimée par le juge Wilson dans le jugement concourant qu’elle a rendu dans l’arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*<sup>112</sup>, dans lequel la Cour suprême du Canada a déclaré inopérante une disposition de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* [L.R.C. (1985), ch. P-33] du Canada qui interdisait aux fonctionnaires de travailler pour un candidat ou un parti politique. Le juge Wilson a déclaré qu’elle ne croyait pas qu’il était loisible à la Cour de «remédier à la portée excessive en procédant cas par cas, de façon à ce que la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive»<sup>113</sup>.

70 Another concern contributing to the reluctance of the Supreme Court in this area is that the constitutional exemption is capable of fundamentally altering laws created by the legislature. This reservation was articulated by McLachlin J. when the Supreme Court disagreed with the Ontario Court of Appeal’s decision to award a constitutional exemption in *Seaboyer*.<sup>114</sup> McLachlin J. warned that, “[w]here the effect is to change the law so substantially, one may question whether it is useful or appropriate to apply the doctrine of constitutional exemption”.<sup>115</sup> The extent to which this warning ought to limit the use of constitutional exemptions is unclear. Commenting on this, Professor Kent Roach stated that, while “[a] constitutional exemption will, by definition, bring about some changes to the law. . . . The Supreme Court of Canada appears to be concerned . . . that an exemption not fundamentally alter the law”.<sup>116</sup> Consequently, if the changes to the law that are made are minor, the exemption is a more attractive tool than if they are major.

Un autre facteur qui a contribué aux réticences de la Cour suprême dans ce domaine découle du fait qu’elle craint que l’octroi d’une exemption constitutionnelle ne modifie de façon fondamentale des lois édictées par le législateur. Cette réserve a été exprimée par le juge McLachlin dans l’arrêt *Seaboyer*, dans lequel la Cour suprême s’est dite en désaccord avec la décision de la Cour d’appel de l’Ontario d’accorder une exemption constitutionnelle<sup>114</sup>. Le juge McLachlin a servi la mise en garde suivante: «lorsqu’elle a pour effet de modifier la loi d’une manière aussi importante, on peut se demander s’il est utile ou approprié d’appliquer la doctrine de l’exemption constitutionnelle»<sup>115</sup>. On ne sait pas avec certitude jusqu’à quel point cette mise en garde devrait limiter le recours aux exemptions constitutionnelles. Le professeur Kent Roach, qui faisait des observations à ce sujet, a déclaré que bien: [TRADUCTION] «qu’une exemption constitutionnelle modifie, par définition, jusqu’à un certain point la loi . . . La Cour suprême du Canada semble craindre . . . qu’une exemption n’ait pour effet de modifier la loi d’une manière importante»<sup>116</sup>. En conséquence, si les modifications apportées à la loi sont mineures, l’exemption est un outil plus attrayant que lorsque les modifications en question sont majeures.

71 The relationship between the courts and the legislature was also commented on by Sopinka J., writing for the majority in *Osborne*.<sup>117</sup> Although Sopinka J. held [at page 101] that “the remedies of ‘reading down’ and its companion ‘the constitutional exemption’” were not to be exercised in this case, he firmly acknowledged the role of the courts in protecting Charter rights through the use of whatever remedy might be necessary.

In selecting an appropriate remedy under the *Charter* the primary concern of the court must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective. This flows from the court’s role as guardian of the rights and freedoms which are entrenched as part of the supreme law of Canada.<sup>118</sup>

Sopinka J. went on to concede that either reading down or a constitutional exemption “may in some cases be the remedy that achieves the objectives to which we have alluded while at the same time constituting the lesser intrusion into the role of the legislature”.<sup>119</sup>

72 These concerns have found expression in various attempts by the Supreme Court to limit the circumstances in which a constitutional exemption ought to be used. In *Seaboyer*, McLachlin J., writing for a majority of the Court, rejected the constitutional exemption awarded by the Ontario Court of Appeal. In so doing, she cited three factors which militated against using the exemption to address the unconstitutional effects of the rape shield provision. First, McLachlin J. found that a constitutional exemption from section 276 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] would result in an expanded role for the discretion of the Trial Judge, “an element which the legislature specifically chose to exclude”, and an element which ensures that “the will of the legislature becomes increasingly obscured”.<sup>120</sup> As a result, “[t]he exemption, while perhaps saving the law in one sense, dramatically alters it in another”.<sup>121</sup> Second, McLachlin J. reasoned that, on the facts of this case, a constitutional exemption would have the

71 Le juge Sopinka, qui s’exprimait au nom de la majorité dans l’arrêt *Osborne*, a également formulé des observations au sujet des rapports qui existent entre les tribunaux et le législateur<sup>117</sup>. Bien qu’il ait jugé [aux pages 101 et 102] que «la réparation qualifiée d’“interprétation atténuée” et son corollaire, l’“exemption constitutionnelle”» ne devaient pas être accordées dans cette affaire, le juge Sopinka a fermement reconnu le rôle que jouent les tribunaux en ce qui concerne la protection des droits garantis par la Charte par le recours à toute réparation jugée nécessaire.

Dans le choix d’une réparation convenable en vertu de la *Charte*, la cour doit veiller avant tout à faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d’une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d’atteindre cet objectif. Voilà ce qui découle du rôle de la cour comme gardienne des droits et libertés consacrés dans la loi suprême du Canada<sup>118</sup>.

Le juge Sopinka a poursuivi en reconnaissant que l’interprétation atténuée ou l’exemption constitutionnelle «peut dans certains cas être la réparation qui, tout en atteignant les objectifs dont j’ai déjà fait mention, représente l’empiétement le moins grave sur les fonctions du législateur»<sup>119</sup>.

72 La Cour suprême a également exprimé ces réserves par le biais des diverses tentatives qu’elle a faites pour limiter le nombre de cas dans lesquels une exemption constitutionnelle devrait être accordée. Dans l’arrêt *Seaboyer*, le juge McLachlin, qui écrivait pour la majorité de la Cour, a rejeté l’exemption constitutionnelle que la Cour d’appel de l’Ontario avait accordée. Pour ce faire, elle a cité trois facteurs qui militaient contre le recours à cette exemption pour traiter des effets inconstitutionnels des dispositions visant la protection des victimes de viol. En premier lieu, le juge McLachlin a conclu que le fait d’accorder l’exemption constitutionnelle de l’application de l’article 276 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] aurait pour effet de donner une importance accrue au pouvoir discrétionnaire du juge du procès, «un élément que le législateur a spécifiquement choisi d’exclure» et un élément qui garantit que l’on «perd de vue l’intention du législateur»<sup>120</sup>. Par conséquent, «[b]ien que l’exemption

same result as striking down the legislation, because in each case the effect would be to revert to a "regime based on common law notions of relevancy".<sup>122</sup> Third, and finally, McLachlin J. expressed concern over the difficulty of applying a constitutional exemption where the group to whom it should apply is defined solely according to criteria relevant to the Charter. Without the assistance of criteria external to the Charter on which to assess the application of a constitutional exemption, such as closing one's business for religious purposes on a day other than Sunday, as was the case in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.* [[1985] 1 S.C.R. 295] and *Edwards*, McLachlin J. feared that the legal values of "certainty" and "predictability" would be jeopardized.<sup>123</sup>

permette peut-être de sauvegarder la loi dans un sens, elle la modifie sensiblement dans un autre»<sup>121</sup>. Deuxièmement, le juge McLachlin s'est dite d'avis que, compte tenu des faits de cette affaire, en accordant une exemption constitutionnelle, le tribunal en arriverait essentiellement au même résultat que s'il déclarait la disposition inopérante, parce que dans chaque cas on reviendrait en réalité à «un régime fondé sur les notions de pertinence reconnues en common law»<sup>122</sup>. En troisième et dernier lieu, le juge McLachlin s'est dite préoccupée par les difficultés que poserait l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle dans les cas où le groupe auquel elle est censée s'appliquer est défini uniquement en fonction de critères pertinents à la Charte. Le juge McLachlin a dit craindre que, sans l'aide de critères extérieurs à la Charte qui permettent d'apprécier le recours à l'exemption constitutionnelle, comme l'observance d'un jour de repos autre que le dimanche par des commerçants, comme c'était le cas dans les affaires *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres* [[1985] 1 R.C.S. 295] et *Edwards*, les valeurs juridiques de la «certitude» et de la «prévisibilité» risquaient d'être compromises<sup>123</sup>.

73 In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*,<sup>124</sup> Lamer C.J. wrote a dissenting judgment which canvassed the existing jurisprudence on the use of constitutional exemptions. Having found that the prohibition on assisted suicide in paragraph 241(b) of the *Criminal Code* constituted a breach of fundamental justice contrary to section 7 of the Charter, Lamer C.J. would have awarded the appellant Ms. Rodriguez a constitutional exemption, subject to certain conditions regarding her continued ability to competently and freely choose assisted suicide. In reaching this conclusion, Lamer C.J. translated the factors cited by McLachlin J. in the context of the *Seaboyer* case into threshold requirements which he applied to the facts of this case:

... an over-broad blanket prohibition should not be tempered by allowing judicially granted exemptions to nullify it, and the criteria on which the exemption would be granted must be external to the *Charter*. That is, the fact that the application of the legislation to the party challenging it would violate the *Charter* cannot be the sole

Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*<sup>124</sup>, le juge en chef Lamer a rédigé un jugement dissident dans lequel il a analysé la jurisprudence existante sur le recours à l'exemption constitutionnelle. Ayant conclu que l'interdiction du suicide assisté contenu à l'alinéa 241b) du *Code criminel* portait atteinte aux principes de justice fondamentale consacrés par l'article 7 de la Charte, le juge en chef Lamer s'est dit d'avis qu'il aurait accordé une exemption constitutionnelle à M<sup>me</sup> Rodriguez, sous réserve de certaines conditions portant sur le maintien de sa capacité de choisir de façon libre et volontaire le suicide assisté. Pour parvenir à cette conclusion, le juge en chef Lamer a traduit les facteurs cités par le juge McLachlin dans le contexte de l'affaire *Seaboyer* en conditions préalables qu'il a appliquées aux faits de cette affaire:

... une interdiction générale de portée excessive ne devrait pas être atténuée par des exemptions accordées par les tribunaux afin de l'annuler, et les critères en fonction desquels l'exemption est accordée devraient être étrangers à la *Charte*. En somme, le fait que l'application de la loi à la partie qui la conteste violerait la *Charte* ne peut à lui

ground for deciding to grant the exemption; rather, there must be an identifiable group, defined by non-*Charter* characteristics, to whom the exemption could be said to apply.<sup>125</sup>

Drawing on Wilson J.'s comments in *Osborne* regarding the problems inherent in curing overbroad legislation on a case-by-case basis, Lamer C.J. further specified that "constitutional exemptions may only be granted during the period of suspended declaration of invalidity".<sup>126</sup> Lamer C.J.'s award, in dissent, of the constitutional exemption was supported by L'Heureux-Dubé, Cory JJ. and McLachlin J., who did not express any of the reservations which she raised regarding the use of a constitutional exemption in *Seaboyer*.<sup>127</sup>

seul justifier l'exemption; au contraire, il doit exister un groupe identifiable, délimité en fonction de caractéristiques étrangères à la *Charte*, auquel l'exemption pourrait s'appliquer.<sup>125</sup>

S'inspirant des observations formulées par le juge Wilson dans l'arrêt *Osborne* au sujet des problèmes inhérents au fait de remédier au problème de la portée excessive d'une disposition législative en procédant cas par cas, le juge en chef Lamer a en outre précisé que «[l]es exemptions constitutionnelles. . . peuvent être accordées uniquement pendant la période de suspension d'une déclaration d'invalidité»<sup>126</sup>. Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin, qui n'ont exprimé aucune des réserves que cette dernière avait formulées dans l'arrêt *Seaboyer* au sujet du recours à l'exemption constitutionnelle, ont souscrit à l'opinion dissidente du juge en chef Lamer d'octroyer l'exemption constitutionnelle<sup>127</sup>.

74 Beyond these cases, use of the constitutional exemption remains relatively unexplored territory. Moreover, the Supreme Court has yet to consider the role of constitutional exemptions in the context of Aboriginal law. As a result, academic commentary may be of assistance in this area, particularly in assessing the extent to which *Osborne*, *Seaboyer* and *Rodriguez* provide guidance for this Court. Addressing precisely this issue, Professor Roach expresses the opinion that, although Lamer C.J. relied on Wilson J.'s negative comments in *Osborne* as a basis for generally restricting the use of constitutional exemptions to periods of suspended declaration of invalidity in *Rodriguez*, the facts on which *Osborne* was decided are such that Wilson J.'s statement should only be read "as a rejection of using constitutional exemptions to save legislation that would chill freedom of expression or threaten other Charter values".<sup>128</sup> Professor Roach also interprets *Seaboyer* as an "exceptional case" which "should not inhibit the development of constitutional exemptions in other areas" due to the fact that common law rules of admissibility could be used to address the concerns raised in the context of the Charter claim.<sup>129</sup> Professor Roach concludes that "[i]n many other cases, there will not be a flexible common law background that can be modified and in those cases, constitutional exemptions may be the

Hormis ces décisions, la question du recours à l'exemption constitutionnelle demeure un territoire relativement inexploré. Qui plus est, la Cour suprême du Canada n'a pas encore examiné le rôle des exemptions constitutionnelles dans le contexte du droit des autochtones. En conséquence, les commentaires des auteurs de doctrine peuvent s'avérer utiles dans ce domaine, notamment pour évaluer la mesure dans laquelle les arrêts *Osborne*, *Seaboyer* et *Rodriguez* peuvent guider notre Cour. Abordant cette question précise, le professeur Roach s'est dit d'avis que, bien que, dans l'arrêt *Rodriguez*, le juge en chef Lamer se soit fondé sur les commentaires négatifs formulés par le juge Wilson dans l'arrêt *Osborne* pour justifier la restriction générale du recours à l'exemption constitutionnelle aux périodes de suspension des jugements déclaratoires d'invalidité, les faits sur le fondement desquels l'affaire *Osborne* a été jugée étaient tels que la déclaration du juge Wilson ne devrait être interprétée que: [TRADUCTION] «comme un rejet du recours à l'exemption constitutionnelle pour sauvegarder des dispositions législatives qui portent atteinte à la liberté d'expression ou qui menacent d'autres valeurs garanties par la Charte»<sup>128</sup>. Le professeur Roach considère également l'affaire *Seaboyer* comme un [TRADUCTION] «cas d'espèce» qui [TRADUCTION] «ne devrait pas entraver l'essor de l'exemption constitutionnelle dans

74

only means for courts to advance the purposes of the law within the constraints of the Charter".<sup>130</sup> Also commenting on the status of the constitutional exemption as a remedy available for use by the courts, Professor Hogg states that, while *Seaboyer* "rejects the constitutional exemption as the salvation of what the Court regarded as the overbroad rape-shield law . . . McLachlin J. made clear that she was not rejecting the solution in principle".<sup>131</sup> The message to be taken from this is that the various attempts by the Supreme Court to specify the conditions in which the use of a constitutional exemption would be appropriate reflect, to a large extent, the nature of the particular legislation being challenged. Finally, Professor Roach takes issue with the requirement adopted in both *Seaboyer* and *Rodriguez* that "constitutional exemptions should not be used unless there are criteria outside the Charter".<sup>132</sup> He states that dependence on this requirement "ignores the purposive issue of whether certain applications of a law violate the Charter, as well as the mandate in s. 52(1) to invalidate laws only to the extent of their inconsistency with the Constitution".<sup>133</sup> Professor Roach essentially envisions a purposive approach to the use of constitutional exemptions which is consistent with the approach taken in the appellate court decisions discussed above and that championed by Sopinka J. in *Osborne*.<sup>134</sup>

d'autres domaines», en raison du fait que les règles d'admissibilité de common law pourraient servir à dissiper les craintes exprimées dans le contexte d'une demande fondée sur la Charte<sup>129</sup>. Le professeur Roach conclut en disant que [TRADUCTION] «dans bien d'autres cas, il n'y aurait pas de contexte flexible de common law qui peut être modifié et, dans ce cas, il se peut que l'exemption constitutionnelle soit le seul moyen dont les tribunaux disposent pour favoriser l'atteinte des objectifs visés par la loi tout en respectant les contraintes de Charte»<sup>130</sup>. Formulant par ailleurs des commentaires au sujet du recours à l'exemption constitutionnelle à titre de réparation dont les tribunaux disposent, le professeur Hogg déclare que, bien que, dans l'arrêt *Seaboyer*, la Cour suprême [TRADUCTION] «ait écarté le recours à l'exemption constitutionnelle comme moyen de sauvegarder des dispositions législatives visant la protection des victimes de viol qui, de l'avis de la Cour, avaient une portée trop large. . . le juge McLachlin a bien précisé qu'elle ne rejetait pas en principe cette solution»<sup>131</sup>. Le message qu'il convient de retenir de ce qui précède est que les diverses tentatives qu'a faites la Cour suprême pour préciser les cas dans lesquels le recours à l'exemption constitutionnelle conviendrait sont, dans une large mesure, fonction de la nature de la mesure législative précise qui est contestée. Finalement, le professeur Roach s'inscrit en faux contre la condition posée par la Cour suprême dans les arrêts *Seaboyer* et *Rodriguez* et suivant laquelle [TRADUCTION] «on ne devrait recourir aux exemptions constitutionnelles que s'il existe d'autres critères que ceux qui sont prévus par la Charte»<sup>132</sup>. Il affirme qu'en étant assujéti à cette exigence [TRADUCTION] «on oublie la question téléologique de savoir si, dans certains cas, l'application de la règle de droit en cause va à l'encontre de la Charte, de même que le rôle dand l'art. 52(1), qui consiste à n'invalider que les dispositions législatives qui sont incompatibles avec la Constitution»<sup>133</sup>. Le Professeur Roach envisage en matière de recours à l'exemption constitutionnelle une méthode essentiellement téléologique qui est compatible avec la méthode suivie par les juridictions d'appel dans les décisions analysées ci-dessus et avec la méthode préconisée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Osborne*<sup>134</sup>.

75 Without further definitive direction from the Supreme Court on the use of constitutional exemp-

Tant que la Cour suprême n'aura pas donné de directives définitives sur la question du recours à 75

tions, our analysis must primarily be guided by the rationale or purpose which lies behind the constitutional exemption, namely, to ensure that applications of a particular law which offend the Charter are remedied only to the extent of their inconsistency with the Charter.

76 In the unusual and special circumstances of this case, it is our view that a purposive approach requires the grant of a constitutional exemption. The finding that subsection 77(1) discriminates against non-resident members of the Band depends on the application of subsection 15(1). As was discussed at the outset of these reasons, however, where an equality analysis is attempted in the context of a case in which Aboriginal rights are recognized, according to section 25, a Charter right such as subsection 15(1) cannot be “construed so as to abrogate or derogate” from any Aboriginal right. In such cases, subsection 77(1) may be found to be a constitutionally valid means of giving effect to an Aboriginal right due to the impact of subsection 35(1) or section 25. The evidence before us on the history of the Band was not sufficient to invoke the protection of either of these sections on this appeal, and so the subsection 15(1) analysis proceeded in the absence of their influence. As we have suggested, this may not be the case where the history of another band is placed before the Court. Consequently, to strike down subsection 77(1) in respect of all bands, regardless of whether they are able to prove, on the basis of their individual histories, a claim for an Aboriginal right to exclude non-resident members from decision making, would be dangerous because it would overshoot the mandate of subsection 52(1). Thus, we find that the potential interplay of subsection 35(1) and section 25 with subsection 15(1) in the case of other bands with different histories demands a constitutional exemption as the most appropriate remedy in this case. It is also significant that section 1 may impact differently on other bands where different and more extensive evidence may be offered to attempt to justify a residency requirement for voting in band elections.

l’exemption constitutionnelle, nous devons nous guider, pour notre analyse, principalement sur la raison d’être ou l’objectif à la base de l’exemption constitutionnelle, à savoir de garantir qu’on ne peut corriger les violations de la Charte découlant des applications d’une règle de droit déterminée que dans la mesure de leur incompatibilité avec la Charte.

76 Compte tenu des circonstances inusitées et spéciales de la présente affaire, nous sommes d’avis que la méthode téléologique exige l’octroi d’une exemption constitutionnelle. La conclusion que le paragraphe 77(1) établit une discrimination à l’égard des membres de la bande qui résident à l’extérieur des réserves dépend de l’application du paragraphe 15(1). Toutefois, ainsi que nous en avons parlé au début des présents motifs, lorsqu’on tente de se livrer à une analyse axée sur l’égalité dans le contexte d’une affaire dans laquelle des droits ancestraux sont reconnus, aux termes de l’article 25, le fait que la Charte garantit certains droits comme ceux qui sont protégés par le paragraphe 15(1) «ne porte . . . atteinte» à aucun droit ancestral. En pareil cas, le paragraphe 77(1) peut être reconnu comme un moyen valide sur le plan constitutionnel de donner effet à un droit ancestral du fait des incidences du paragraphe 35(1) ou de l’article 25. La preuve qui nous a été soumise au sujet de l’histoire de la bande n’est pas suffisante pour permettre à celle-ci d’invoquer la protection de l’une ou l’autre de ces dispositions dans le présent appel, de sorte que l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1) a eu lieu en l’absence de leur influence. Ainsi que nous l’avons déjà laissé entendre, la situation peut être différente lorsque l’histoire d’une autre bande est relatée devant la Cour. En conséquence, il serait dangereux de déclarer le paragraphe 77(1) inopérant en ce qui concerne toutes les autres bandes, indépendamment de la question de savoir si elles peuvent réussir à établir, sur le fondement de leur histoire respective, le bien-fondé de leur droit ancestral d’exclure les membres non-résidents du processus de prise de décisions, parce qu’on déborderait ainsi le cadre du mandat prévu au paragraphe 52(1). Ainsi, nous concluons que l’interaction potentielle du paragraphe 35(1) et

de l'article 25 avec le paragraphe 15(1) dans le cas d'autres bandes ayant une histoire différente exige que l'on accorde en l'espèce une exemption constitutionnelle et qu'il s'agit là de la réparation la plus appropriée dans le cas qui nous occupe. Il est par ailleurs significatif que l'article premier soit susceptible d'avoir des incidences différentes sur d'autres bandes lorsque des éléments de preuve différents et plus détaillés sont présentés pour essayer de justifier le critère de résidence dont est assorti le droit de voter aux élections tenues au sein des conseils de bande.

77 In light of these reasons, there being no problem with severance in this context, the appropriate remedy in this case should be that, with respect only to the Band, the words "and is ordinarily resident on the reserve" within subsection 77(1) are of no force and effect because of the inconsistency with the equality guarantee provided by subsection 15(1) of the Charter. Pursuant to the constitutional exemption to be granted, subsection 77(1), as it applies only to the Band, should now be read: "A member of a band who has attained the age of eighteen years is qualified to vote for a person nominated to be chief of the band and, where the reserve for voting purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors".

78 Such an exemption can be ordered either as an individual remedy under subsection 24(1) of the Charter or as a partial declaration of invalidity under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.<sup>135</sup> Although the language of the respondents' request is more suggestive of a remedy under subsection 52(1),<sup>136</sup> the special nature of this case points rather to a remedy under subsection 24(1), which provides:

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

77 Compte tenu de ces motifs, comme aucun problème de dissociation ne se pose en l'espèce, la réparation appropriée en l'espèce consiste, en ce qui concerne uniquement la bande intéressée, à déclarer inopérants les mots «et réside ordinairement dans la réserve» contenus au paragraphe 77(1) au motif qu'ils sont incompatibles avec la garantie d'égalité prévue au paragraphe 15(1) de la Charte. Conformément à l'exemption constitutionnelle à accorder, le paragraphe 77(1), tel qu'il s'applique uniquement à la bande, devrait être maintenant libellé comme suit: «Un membre d'une bande qui a au moins dix-huit ans a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la réserve aux fins d'élection ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers».

78 Cette exemption peut être accordée soit à titre de réparation individuelle, en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte, soit dans le cadre d'une déclaration partielle d'invalidité, en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.<sup>135</sup> Bien que le libellé de la demande des intimés évoque plutôt une réparation fondée sur le paragraphe 52(1)<sup>136</sup>, le caractère exceptionnel de la présente affaire se prête davantage à l'octroi d'une réparation en vertu du paragraphe 24(1), qui dispose:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

The finding of discrimination on this appeal has been dependent on evidence relating specifically to the off-reserve members of the Band. The Saskatchewan Court of Appeal's comment in *Westfair Foods* that a constitutional remedy under subsection 24(1) can "protect rights and freedoms adequately by dealing discretely and precisely with those situations where the effect of an otherwise valid law impinges a right or freedom" is applicable in this case.<sup>137</sup> The remedy should thus be granted on an individual band basis instead of being achieved as a consequence of a partial declaration of invalidity of subsection 77(1). While this remedy may ultimately be extended to other bands whose electoral histories are similar to that of the band, suggesting that a remedy under subsection 52(1) may at some point in the future be possible, insufficient evidence has been presented in this case to permit this. As a result, we grant the exemption under the power vested in this Court by subsection 24(1).

79 The constitutional exemption should become effective immediately. There is no complexity, as there was in the remedy granted at the trial, which necessitated a suspension. Subsection 77(1) as we have altered it in relation to the Band now clearly specifies who will be entitled to vote in the Band elections: all those Band members over the age of eighteen years regardless of their place of residence. The mechanism for voting remains the same and, consequently, no transition period is required in order to implement a new one. The list of Band members, we were told, is kept up-to-date. Furthermore, we are aware that an election is upcoming shortly. Having found that subsection 77(1) is discriminatory, and that it has prevented members of the Band from voting in Band elections in the past, it is of utmost importance to rectify this discrimination prior to the next election. Since other bands and the legislation itself are generally not affected by this exemption, there is no need to suspend the operation of our decision.

La conclusion de discrimination tirée dans le présent appel repose sur des éléments de preuve portant expressément sur les membres de la bande qui résident à l'extérieur des réserves. Le commentaire que la Cour d'appel de la Saskatchewan a formulé dans l'arrêt *Westfair Foods* et suivant lequel la réparation constitutionnelle prévue au paragraphe 24(1) peut [TRADUCTION] «protéger suffisamment les droits et libertés en traitant précisément des cas dans lesquels l'effet d'une règle de droit par ailleurs valide porte atteinte à un droit ou à une liberté» s'applique en l'espèce<sup>137</sup>. La réparation devrait donc être accordée en fonction de la situation de chaque bande et non découler d'une déclaration partielle d'invalidité du paragraphe 77(1). Bien que cette réparation puisse éventuellement être accordée aussi à d'autres bandes dont l'histoire électorale ressemble à celle de la bande en cause, on ne nous a pas présenté suffisamment d'éléments de preuve en l'espèce pour affirmer qu'une réparation pourrait à l'avenir leur être accordée en vertu du paragraphe 24(1). En conséquence, nous accordons l'exemption en vertu du pouvoir conféré à la Cour par le paragraphe 24(1).

L'exemption constitutionnelle devrait prendre effet immédiatement. L'affaire ne comporte pas d'aspect complexe qui nécessiterait une suspension, contrairement à la réparation qui a été accordée au procès. Dans sa forme modifiée applicable à la bande, le paragraphe 77(1) précise maintenant qui a le droit de voter aux élections de la bande, à savoir tous les membres de la bande âgés de plus de dix-huit ans, indépendamment de leur lieu de résidence. Le mécanisme de vote demeure le même et, en conséquence, aucune période de transition n'est nécessaire pour la mise en œuvre du nouveau mécanisme. On nous informe que la liste des membres de la bande est tenue à jour. En outre, nous sommes au courant du fait qu'un scrutin doit se tenir sous peu. Ayant conclu que le paragraphe 77(1) est discriminatoire, et qu'il a empêché des membres de la bande d'exercer leur droit de vote lors des élections qui ont eu lieu au sein de la bande par le passé, nous estimons qu'il est de la plus haute importance de corriger cette discrimination avant la tenue des prochaines élections. Comme les autres bandes et la disposition législative elle-même ne sont en règle générale pas

79

80 As a final note, the underlying concerns which have prompted various members of the Supreme Court to qualify their acceptance of the exemption do not resonate as strongly in this case. First, in *Van der Peet*, the Supreme Court explicitly endorsed a case-by-case approach to the recognition of Aboriginal rights. To reiterate, Lamer C.J. held in *Van der Peet* that “the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case by case basis”.<sup>138</sup> This approach must of necessity be reflected in the manner in which section 25 is used to shield Aboriginal rights from Charter review. Consequently, the analysis of Charter remedies in the context of cases potentially involving Aboriginal rights must be able to accommodate this approach. Without the benefit of the constitutional exemption, courts will be seriously limited in their ability to achieve this. Second, granting an exemption from the residency requirement to the Band will not alter the impugned provision’s fundamental purpose. As we identified in our section 1 analysis, the purpose of subsection 77(1) is to implement a voting regime which grants the right to vote to those who have an interest in, and are affected by, the outcome of the electoral process. To exempt the Band from the residency restriction contained within this provision does not alter this purpose, it merely brings its application to the Band in line with the equality guarantee. Third, and finally, this is an area of the law in which the values of certainty and predictability may be outweighed by the importance of recognizing that Charter claims must be adjudicated in the context of the recognition of Aboriginal rights which subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and section 25 of the Charter mandate. Drawing on the words of Sopinka J. in *Osborne*, we view the constitutional exemption in this case as a means to “vindicate the values expressed in the *Charter* and to provide the form of remedy to those whose rights have been violated that best achieves that objective”.<sup>139</sup>

visées par cette exemption, il n’est pas nécessaire de suspendre l’effet de notre décision.

Pour terminer, les réserves fondamentales qui ont amené divers juges de la Cour suprême à nuancer leur acceptation de la doctrine de l’exemption n’ont pas beaucoup d’incidences sur la présente affaire. Premièrement, dans l’arrêt *Van der Peet*, la Cour suprême a explicitement fait sienne la méthode du cas par cas en matière de reconnaissance de droits ancestraux. Nous rappelons que le juge en chef Lamer a statué, dans l’arrêt *Van der Peet*, que «les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l’histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n’ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas»<sup>138</sup>. Cette méthode doit nécessairement se traduire dans la manière dont l’article 25 est utilisé pour mettre des droits ancestraux à l’abri d’un examen fondé sur la Charte. En conséquence, l’analyse des réparations prévues par la Charte dans le contexte d’affaires mettant éventuellement en cause des droits ancestraux doit pouvoir tenir compte de cette méthode. S’ils ne bénéficient pas du recours à l’exemption constitutionnelle, les tribunaux seront sérieusement limités dans leur capacité de parvenir à ce résultat. Deuxièmement, le fait d’accorder à la bande une exemption de l’application du critère de résidence ne porte pas atteinte à l’objectif fondamental de la disposition contestée. Ainsi que nous l’avons bien précisé dans notre analyse fondée sur l’article premier, le paragraphe 77(1) a pour objet de mettre en œuvre un mécanisme électoral qui accorde le droit de vote aux personnes qui ont un intérêt dans l’issue du processus électoral et qui sont touchées par celui-ci. Soustraire la bande à la restriction en matière de résidence qui est contenue dans cette disposition ne modifie pas cet objectif; cela rend tout simplement son application à la bande conforme à la garantie d’égalité. En troisième et dernier lieu, il s’agit d’un domaine du droit dans lequel les valeurs de certitude et de prévisibilité peuvent céder le pas devant l’importance de reconnaître que les demandes fondées sur la Charte doivent être jugées dans le contexte de la reconnaissance des droits ancestraux que le paragraphe 35(1) de la Constitution et l’article

81 We would dismiss the appeal except to the extent that the judgment at trial should be modified in relation to the remedy granted as described above. Three quarters of the costs should be awarded to the respondents, who were substantially successful on this appeal.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-5 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14].

<sup>2</sup> The LSLIRC represents nine Indian bands referred to by the LSLIRC as "Reserve Communities": the Driftpile River Band, the Duncan Band, the Grouard Band, the Horse Lake Band, the Sawridge Band, the Sturgeon Lake Band, the Sucker Creek Band, the Swan River Band and the Sarcee Band.

<sup>3</sup> S.C. 1985, c. 27.

<sup>4</sup> *Bill C-31 Impact Study: Draft Report to Batchewana Indian Band*, Rankin Reserve 15D, Goulai Bay Reserve 15A, Obadjiwan Reserve 15E, MacLaren Plansearch, March 1990, (hereinafter *Bill C-31 Impact Study*). See also Exhibit D-11.

<sup>5</sup> *Ibid.*, at p. 4.

<sup>6</sup> *Ibid.*, at p. 12.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Batchewana First Nation of Ojibways, Financial Statements, March 31, 1992. BDO Dunwoody Ward Malle. Exhibit "250", Appeal Book, at p. 1014, (hereinafter *Band Financial Statements*).

<sup>9</sup> One year following the creation of the Rankin reserve, only 34% of the Band lived on the Band's own reserves.

<sup>10</sup> *Supra*, note 3.

<sup>11</sup> *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1994] 1 F.C. 394 (T.D.), at p. 402.

<sup>12</sup> S. 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1] of the *Indian Act*, definition of "reserve".

<sup>13</sup> S. 2(1) of the *Indian Act*, definition of "Indian moneys".

<sup>14</sup> This precise issue has been decided against certain other plaintiffs by the Trial Division and is now under appeal in this Court, see *Sawridge Band v. Canada*, [1996] 1 F.C. 3.

25 de la Charte exigent. Pour reprendre les paroles du juge Sopinka dans l'arrêt *Osborne*, nous considérons l'exemption constitutionnelle en l'espèce comme un moyen de «faire appliquer les mesures les plus propres à assurer la protection des valeurs exprimées dans la *Charte* et à accorder aux victimes d'une atteinte à leurs droits la réparation qui permet le mieux d'atteindre cet objectif»<sup>139</sup>.

Nous sommes d'avis de rejeter l'appel, sauf dans le mesure où le jugement entrepris devrait être modifié pour ce qui est de la réparation susmentionnée. Comme ils ont obtenu en grande partie gain de cause dans le présent appel, les intimés devraient obtenir les trois-quarts des dépens. 81

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 14].

<sup>2</sup> Le conseil régional représente neuf bandes indiennes que le conseil régional désigne sous le nom de «collectivités des réserves», à savoir: la bande de la rivière Driftpile, la bande de Duncan, la bande de Grouard, la bande de Horse Lake, la bande de Sawridge, la bande de Sturgeon Lake, la bande de Sucker Creek, la bande de Swan River et la bande de Sarcee.

<sup>3</sup> S.C. 1985, ch. 27.

<sup>4</sup> *Bill C-31 Impact Study: Draft Report to Batchewana Indian Band*, Rankin Reserve 15D, Goulai Bay Reserve 15A, Obadjiwan Reserve 15E, MacLaren Plansearch, mars 1990 (ci-après appelée *l'Étude d'impacts du projet de loi C-31*). Voir également la pièce D-11.

<sup>5</sup> *Ibid.*, à la p. 4.

<sup>6</sup> *Ibid.*, à la p. 12.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Première Nation des Ojibways de Batchewana, états financiers, 31 mars 1992, BDO Dunwoody Ward Malle. Pièce «250», dossier d'appel, à la p. 1014 (ci-après appelés les états financiers de la bande).

<sup>9</sup> Un an après la création de la réserve de Rankin, seulement 34 pour 100 des membres de la bande vivaient dans des réserves de la bande.

<sup>10</sup> *Supra*, note 3.

<sup>11</sup> *Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1994] 1 C.F. 394 (1<sup>er</sup> inst.), à la p. 402.

<sup>12</sup> Art. 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1] de la *Loi sur les Indiens*, définition de «réserve».

<sup>13</sup> Art. 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, définition de «argent des Indiens».

<sup>14</sup> La Section de première instance a donné tort à certains autres demandeurs sur cette question précise qui est présentement soumise à notre Cour en appel (voir le jugement *Bande de Sawridge c. Canada*, [1996] 1 C.F. 3).

<sup>15</sup> [1990] 1 S.C.R. 1075.

<sup>16</sup> [1996] 2 S.C.R. 507.

<sup>17</sup> *Ibid.*, at p. 548, *per* Lamer C.J.

<sup>18</sup> *Ibid.*, at p. 549, *per* Lamer C.J.

<sup>19</sup> *Ibid.*, at pp. 550-562.

<sup>20</sup> *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (B.C.C.A.), at p. 496, *per* Macfarlane J.A.

<sup>21</sup> (1992), 175 C.L.R. 1 (Aust. H.C.), at p. 61, *per* Brennan J., (hereinafter *Mabo*).

<sup>22</sup> This legislative history begins generally with *The Royal Proclamation, 1763* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1], which states that "Nations or Tribes of Indians . . . should not be molested or disturbed in Possession of such Parts of Our Dominions and Territories as . . . are reserved to them", and finds clearer expression in *An Act for the better protection of the Lands and Property of the Indians in Lower Canada*, S.C. 1850, c. 42, which recognized as Indians those people who were of Indian blood, or were "reputed to belong" to a particular body or tribe or who were "residing among" them.

<sup>23</sup> *Van der Peet*, *supra*, note 16, at p. 551.

<sup>24</sup> *Ibid.*, at p. 559, *per* Lamer C.J.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Agreed statement of facts, at para. 13. See also *Goodswimmer v. Canada (Attorney General)*, [1995] 2 F.C. 389 (C.A.), at p. 402, *per* Stone J.A. for an explanation of the evolution of voting in band elections.

<sup>27</sup> *Ibid.*, at paras. 16-29.

<sup>28</sup> S.C. 1951, c. 29 [s. 76] (now s. 77).

<sup>29</sup> P.C. 6015, November 12, 1951.

<sup>30</sup> Agreed statement of facts, at para. 40.

<sup>31</sup> *Ibid.*, at para. 42.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, at para. 43.

<sup>34</sup> *Van der Peet*, *supra*, note 16, at pp. 554-555.

<sup>35</sup> William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982*: Part 1—The Interpretive Prism of Section 25" (1988), 22 *U.B.C.L. Rev.* 21, at p. 29. In *R. v. Steinhauer* (1985), 63 A.R. 381, at p. 385, the Alberta Court of Queen's Bench held that s. 25 acts as a "shield and does not add to aboriginal rights".

<sup>36</sup> See *R. v. Nicholas and Bear et al.* (1988), 91 N.B.R. (2d) 248, in which Dickson J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench affirmed that s. 15(1) cannot abrogate or derogate from rights established under s. 35, even where those rights offend the Charter's equality guarantee.

<sup>15</sup> [1990] 1 R.C.S. 1075.

<sup>16</sup> [1996] 2 R.C.S. 507.

<sup>17</sup> *Ibid.*, à la p. 548 (le juge en chef Lamer).

<sup>18</sup> *Ibid.*, à la p. 549 (le juge en chef Lamer).

<sup>19</sup> *Ibid.*, aux p. 550 à 562.

<sup>20</sup> *Delgamuukw v. British Columbia* (1993), 104 D.L.R. (4th) 470 (C.A.C-B.), à la p. 496, le juge d'appel Macfarlane.

<sup>21</sup> (1992), 175 C.L.R. 1 (H.C. Aust.), à la p. 61, le juge Brennan (ci-après appelé *Mabo*).

<sup>22</sup> On fait en règle générale remonter le commencement de cette histoire législative à la *Proclamation royale (1763)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 1], qui garantit aux: «nations ou tribus sauvages . . . la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui . . . ont été réservées pour ces tribus». Elle est encore plus clairement exprimée dans l'*Acte pour mieux protéger les terres et les propriétés des sauvages dans le Bas-Canada*, S.C. 1850, ch. 42, qui reconnaissait comme Indiens les personnes de sang indien, celles qui étaient «réputé[s] appartenir» à une tribu ou à un peuple particulier, de même que «toutes personnes résidant parmi» les Indiens.

<sup>23</sup> *Van der Peet*, précité, note 16, à la p. 551.

<sup>24</sup> *Ibid.*, à la p. 559 (le juge en chef Lamer).

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Exposé conjoint des faits, au par. 13. Voir également l'arrêt *Goodswimmer c. Canada (Procureur général)*, [1995] 2 C.F. 389 (C.A.), à la p. 402, où le juge d'appel Stone retrace l'évolution du droit de vote aux élections tenues au sein des bandes.

<sup>27</sup> *Ibid.*, aux par. 16 à 29.

<sup>28</sup> S.C. 1951, ch. 29 [art. 76] (maintenant l'art. 77).

<sup>29</sup> C.P. 6015, 12 novembre 1951.

<sup>30</sup> Exposé conjoint des faits, au par. 40.

<sup>31</sup> *Ibid.*, au par. 42.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, au par. 43.

<sup>34</sup> Arrêt *Van der Peet*, précité, note 16, aux p. 554 et 555.

<sup>35</sup> William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982*: Part 1—The Interpretive Prism of Section 25» (1988), 22 *U.B.C.L. Rev.* 21, à la p. 29. Dans le jugement *R. v. Steinhauer* (1985), 63 A.R. 381, à la p. 385, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a statué que l'art. 25 sert de [TRADUCTION] «mécanisme de protection et qu'il n'ajoute rien aux droits ancestraux».

<sup>36</sup> Voir le jugement *R. c. Nicholas and Bear et al.* (1988), 91 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 248, dans lequel le juge Dickson de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a affirmé que l'art. 15(1) ne peut porter atteinte aux droits visés à l'art. 35, même si ces droits vont à l'encontre de la garantie d'égalité prévue par la Charte.

<sup>37</sup> See Patrick Macklem, "Aboriginal Peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution", [1992] *U.B.C.L. Rev. (Special Edition: Aboriginal Justice)* 280, at p. 291; Pentney, *supra*, note 35 and Thomas Isaac, *Aboriginal Law: Cases, Material and Commentary* (Saskatoon: Purich Publishing, 1995), at p. 304.

<sup>38</sup> *Ibid.*, at p. 305.

<sup>39</sup> [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 992, quoting from *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

<sup>40</sup> In spite of objections by several academics, see, for example, Beatty, "The Canadian Conception of Equality" (1996), 46 *U.T.L.J.* 349.

<sup>41</sup> *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at p. 485, *per* McLachlin J.

<sup>42</sup> *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 11, at p. 413.

<sup>43</sup> J. Patrick Boyer, *Political Rights: The Legal Framework of Elections in Canada* (Butterworths, 1981), at p. 121.

<sup>44</sup> S. 3 states that, "[e]very citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein".

<sup>45</sup> *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 11, at p. 408.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, at p. 409.

<sup>48</sup> S. 81(1) of the *Indian Act*.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Swain*, *supra*, note 39, at p. 992.

<sup>51</sup> *Andrews*, note 39, at p. 182.

<sup>52</sup> [1994] 1 F.C. 40 (C.A.), *per* Linden J.A. concurring.

<sup>53</sup> *Ibid.*, at p. 69.

<sup>54</sup> *Andrews*, *supra*, note 39, at p. 152.

<sup>55</sup> *Miron*, *supra*, note 41, at p. 487.

<sup>56</sup> *Ibid.*, at p. 496.

<sup>57</sup> *Ibid.*, at pp. 486-487.

<sup>58</sup> *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), *per* Lord Macmillan, at p. 619.

<sup>59</sup> *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 11, at p. 415.

<sup>60</sup> *Ibid.*, at p. 414.

<sup>61</sup> *Ibid.*, at pp. 414-415.

<sup>62</sup> *Ibid.*, at p. 415.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Memorandum from the Acting Minister of Mines and Resources, Minutes of Meeting of Treasury Board, approved by Governor General in Council.

<sup>37</sup> Voir Patrick Macklem, «Aboriginal Peoples, Criminal Justice Initiatives and the Constitution», [1992] *U.B.C.L. Rev. (Special Edition: Aboriginal Justice)* 280, à la p. 291; Pentney, précité, note 35 et Thomas Isaac, *Aboriginal Law: Cases, Material and Commentary* (Saskatoon: Purich Publishing, 1995), à la p. 304.

<sup>38</sup> *Ibid.*, à la p. 305.

<sup>39</sup> [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 992, citant l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

<sup>40</sup> Malgré les objections de plusieurs auteurs, voir, par exemple, Beatty, «The Canadian Conception of Equality» (1996), 46 *U.T.L.J.* 349.

<sup>41</sup> *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la p. 485 (le juge McLachlin).

<sup>42</sup> *Bande indienne de Batchewana*, précité, note 11, à la p. 413.

<sup>43</sup> J. Patrick Boyer, *Political Rights: The Legal Framework of Elections in Canada* (Butterworths, 1981), à la p. 121.

<sup>44</sup> L'art. 3 dispose: «Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales».

<sup>45</sup> *Bande indienne de Batchewana*, précité, note 11, à la p. 408.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, à la p. 409.

<sup>48</sup> Art. 81(1) de la *Loi sur les Indiens*.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Arrêt *Swain*, précité, note 39, à la p. 992.

<sup>51</sup> Arrêt *Andrews*, précité, note 39, à la p. 182.

<sup>52</sup> [1994] 1 C.F. 40 (C.A.) (le juge d'appel Linden, qui a souscrit au dispositif).

<sup>53</sup> *Ibid.*, à la p. 69.

<sup>54</sup> Arrêt *Andrews*, précité, note 39, à la p. 152.

<sup>55</sup> Arrêt *Miron*, précité, note 41, à la p. 487.

<sup>56</sup> *Ibid.*, aux p. 496 et 497.

<sup>57</sup> *Ibid.*, aux p. 486 et 487.

<sup>58</sup> *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) (lord Macmillan, à la p. 619).

<sup>59</sup> Jugement *Bande indienne de Batchewana*, précité, note 11, à la p. 415.

<sup>60</sup> *Ibid.*, à la p. 414.

<sup>61</sup> *Ibid.*, aux p. 414 et 415.

<sup>62</sup> *Ibid.*, à la p. 415.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*, aux p. 415 et 416.

<sup>65</sup> Note de service du ministre par intérim des Mines et Ressources, procès-verbal d'une réunion du Conseil du Trésor, approuvé par le gouverneur général en conseil.

- <sup>66</sup> *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 11, at p. 403.
- <sup>67</sup> *Supra*, note 4, at p. 5.
- <sup>68</sup> *Impacts of the 1985 Amendments to the Indian Act (Bill C-31)*, at "Overview", (hereinafter the DIAND study).
- <sup>69</sup> *Miron*, *supra*, note 41, at pp. 496-497.
- <sup>70</sup> *Ibid.*, at p. 487.
- <sup>71</sup> [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1332, *per* Wilson J.
- <sup>72</sup> *Ibid.*
- <sup>73</sup> In the DIAND study, *supra*, note 68, it is stated at p. 14 that "[a]lthough the trend towards off-reserve residence had been evident before Bill C-31, the ratio of off-reserve to on-reserve status Indians, which was about 30:70 in 1985, had shifted to 40:60 by June 1990".
- <sup>74</sup> *Ibid.*, at p. 12.
- <sup>75</sup> *Ibid.*, at p. 25.
- <sup>76</sup> *Ibid.*, at p. 1.
- <sup>77</sup> (1993), 119 N.S.R. (2d) 91 (C.A.), at pp. 98-99.
- <sup>78</sup> In *Turpin*, *supra*, note 71, Wilson J. found, at p. 1333 that persons accused of certain criminal offences residing outside of Alberta could not be classed as a "discrete and insular minority" primarily on the ground that such a finding would not "advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering from social, political and legal disadvantage in our society".
- <sup>79</sup> *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 11, at p. 405.
- <sup>80</sup> *Supra*, note 41, at p. 497.
- <sup>81</sup> *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, note 58.
- <sup>82</sup> *Supra*, note 41, at p. 494.
- <sup>83</sup> *Ibid.*, at p. 492.
- <sup>84</sup> *Ibid.*
- <sup>85</sup> *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 11, at p. 417.
- <sup>86</sup> Trial transcript, at pp. 229-230, 232-233.
- <sup>87</sup> *Ibid.*, at pp. 268, 270-271.
- <sup>88</sup> *Ibid.*, at p. 95.
- <sup>89</sup> *Ibid.*, at p. 89.
- <sup>90</sup> [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 310-311.
- <sup>91</sup> *Band Financial Statements*, *supra*, note 8, at pp. 1036 and 1056.
- <sup>92</sup> *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.
- <sup>93</sup> *Supra*, note 41, at p. 503.
- <sup>94</sup> *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 11, at p. 419.
- <sup>66</sup> *Bande indienne de Batchewana*, précité, note 11, à la p. 404.
- <sup>67</sup> Précité, note 4, à la p. 5.
- <sup>68</sup> *Répercussions des modifications de 1985 à la Loi sur les Indiens (projet de loi C-31)*, sous la rubrique [TRADUCTION] «Aperçu général» (ci-après appelée l'étude du Ministère).
- <sup>69</sup> *Miron*, précité, note 41, aux p. 496 et 497.
- <sup>70</sup> *Ibid.*, à la p. 487.
- <sup>71</sup> [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1332 (le juge Wilson).
- <sup>72</sup> *Ibid.*
- <sup>73</sup> Dans l'étude du Ministère, précitée, note 68, il est déclaré, à la p. 14 que [TRADUCTION] «bien que la tendance des membres de la bande à s'installer à l'extérieur des réserves ait été évidente avant le projet de loi C-31, la proportion d'Indiens inscrits vivant à l'extérieur des réserves par rapport à ceux qui vivaient dans les réserves et qui était d'à peu près 30 pour 70 en 1985, s'établissait en juin 1990 à 40 pour 60».
- <sup>74</sup> *Ibid.*, à la p. 12.
- <sup>75</sup> *Ibid.*, à la p. 25.
- <sup>76</sup> *Ibid.*, à la p. 1.
- <sup>77</sup> (1993), 119 N.S.R. (2d) 91 (C.A.), aux p. 98 et 99.
- <sup>78</sup> Dans l'arrêt *Turpin*, précité, note 71, le juge Wilson a conclu, à la p. 1333, que les personnes accusées à l'extérieur de l'Alberta de certains crimes ne pouvaient être qualifiées de «minorité discrète et isolée» surtout parce qu'une telle conclusion «ne favoriserait pas... les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société».
- <sup>79</sup> *Bande indienne de Batchewana*, précité, note 11, à la p. 405.
- <sup>80</sup> Précité, note 41, à la p. 497.
- <sup>81</sup> *Donoghue v. Stevenson*, précité, note 58.
- <sup>82</sup> Précité, note 41, à la p. 494.
- <sup>83</sup> *Ibid.*, à la p. 492.
- <sup>84</sup> *Ibid.*
- <sup>85</sup> *Bande indienne de Batchewana*, précité, note 11, à la p. 417.
- <sup>86</sup> Procès-verbal de l'audience, aux p. 229, 230, 232 et 233.
- <sup>87</sup> *Ibid.*, aux p. 268, 270 et 271.
- <sup>88</sup> *Ibid.*, à la p. 95.
- <sup>89</sup> *Ibid.*, à la p. 89.
- <sup>90</sup> [1991] 2 R.C.S. 211, aux p. 310 et 311.
- <sup>91</sup> États financiers de la bande, précités, note 8, aux p. 1036 et 1056.
- <sup>92</sup> *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
- <sup>93</sup> Précité, note 41, à la p. 503.
- <sup>94</sup> Jugement *Bande indienne de Batchewana*, précité, note 11, à la p. 419.

<sup>95</sup> *Ibid.*, at pp. 419-420.

<sup>96</sup> *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 11, at p. 422.

<sup>97</sup> [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 705-715.

<sup>98</sup> The appellant Indian Band argued that the determination of this issue could be more appropriately resolved outside the Charter by way of an order declaring that the Order-in-Council which places the Band under the purview of sub. 77(1) be declared of no force and effect. This remedy, they argued, would avoid inserting the Charter into the affairs of the Band and would allow the Band an opportunity to develop a customary system of election. In the alternative, they requested that this declaration be issued as an individual remedy under s. 24(1) of the Charter. What the Band requests, essentially, is that this Court step into the shoes of the Minister by exercising the discretionary power held by the Minister to remove a band from the "list" to which s. 77(1) applies. This Court is not empowered to take on this role, and so we are not in a position to entertain this request.

<sup>99</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Toronto: Carswell, 1992, at p. 909.

<sup>100</sup> [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 783. See also *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 where a limited role for the exemption is outlined.

<sup>101</sup> (1987), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.), *affd* on different grounds [*sub nom. R. v. Seaboyer; R. v. Gayme*] [1991] 2 S.C.R. 577.

<sup>102</sup> *Ibid.*, at p. 305.

<sup>103</sup> (1987), 58 Sask. R. 274 (Q.B.), *vard*, (1989), 80 Sask. R. 33 (C.A.). See also *R. v. Videoflicks Ltd. et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.), *per* Tarnopolsky J.A.

<sup>104</sup> *Ibid.*, at pp. 45-46.

<sup>105</sup> *Ibid.*, at p. 46.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182 (Nfld. C.A.).

<sup>108</sup> *Ibid.*, at p. 200.

<sup>109</sup> *Supra*, note 97, at p. 719.

<sup>110</sup> *American Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 1978), at pp. 710-711.

<sup>111</sup> This reluctance is paradoxical since the notorious notwithstanding clause of s. 33 permits what, in a sense, is a constitutional exemption, albeit one that may be claimed by Parliament or a provincial legislature, rather than one that is granted by the courts.

<sup>112</sup> [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 76-77.

<sup>113</sup> *Ibid.*, at p. 77.

<sup>114</sup> *Supra*, note 101.

<sup>95</sup> *Ibid.*, aux p. 419 et 420.

<sup>96</sup> *Bande indienne de Batchewana*, précité, note 11, à la p. 422.

<sup>97</sup> [1992] 2 R.C.S. 679, aux p. 705 à 715.

<sup>98</sup> La bande indienne appelante soutient que cette question pourrait être résolue de façon plus appropriée hors du cadre de la Charte sous forme d'ordonnance déclarant inopérant le décret qui fait tomber la bande sous le coup de l'art. 77(1). Elle affirme que cette réparation éviterait de faire intervenir la Charte dans les affaires de la bande et accorderait à celle-ci la possibilité de mettre au point un régime électoral fondé sur la coutume. À titre subsidiaire, elle demande que ce jugement déclaratoire soit rendu à titre de réparation individuelle en vertu de l'art. 24(1) de la Charte. Ce que la bande demande essentiellement, c'est que notre Cour prenne la place du ministre en exerçant le pouvoir discrétionnaire que possède celui-ci de supprimer le nom d'une bande de la «liste» à laquelle l'art. 77(1) s'applique. La Cour n'est pas habilitée à jouer ce rôle et il ne nous est donc pas loisible de connaître de cette demande.

<sup>99</sup> Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto: Carswell, 1992, à la p. 909.

<sup>100</sup> [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 783. Voir également l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, dans lequel la Cour reconnaît un rôle limité à l'exemption constitutionnelle.

<sup>101</sup> (1987), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.), *conf.* pour d'autres motifs [*sub nom. R. c. Seaboyer; R. c. Gayme*] à [1991] 2 R.C.S. 577.

<sup>102</sup> *Ibid.*, à la p. 305.

<sup>103</sup> (1987), 58 Sask. R. 274 (B.R.), *mod.* (1989), 80 Sask. R. 33 (C.A.). Voir également l'arrêt *R. v. Videoflicks Ltd. et al.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.) (le juge d'appel Tarnopolsky).

<sup>104</sup> *Ibid.*, aux p. 45 et 46.

<sup>105</sup> *Ibid.*, à la p. 46.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182 (C.A.T.-N.).

<sup>108</sup> *Ibid.*, à la p. 200.

<sup>109</sup> Précité, note 97, aux p. 719 et 720.

<sup>110</sup> *American Constitutional Law* (New York: Foundation Press, 1978), aux p. 710 et 711.

<sup>111</sup> Cette répugnance est paradoxale, car la fameuse disposition dérogatoire de l'art. 33 autorise en un sens une exemption constitutionnelle, à cette différence près qu'il s'agit d'une exemption qui peut être réclamée par le législateur fédéral par l'assemblée législative d'une province au lieu d'une exemption qui est accordée par le tribunal.

<sup>112</sup> [1991] 2 R.C.S. 69, aux p. 76 et 77.

<sup>113</sup> *Ibid.*, à la p. 77.

<sup>114</sup> Précité, note 101.

<sup>115</sup> *Ibid.*, at p. 628.

<sup>116</sup> Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (Aurora: Canada Law Book, 1995), at para. 14.750.

<sup>117</sup> *Supra*, note 112.

<sup>118</sup> *Ibid.*, at p. 104.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Supra*, note 101, at p. 628.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*, at p. 629.

<sup>124</sup> *Supra*, note 100.

<sup>125</sup> *Ibid.*, at p. 576.

<sup>126</sup> *Ibid.*, at p. 577.

<sup>127</sup> McLachlin J. concurred “generally” with the reasons of Lamer C.J. on this issue, although she made some comments on the conditions under which Lamer C.J. would have awarded the exemption, such as the ascertainment of consent on a daily basis and the time limit to be placed on the certificate ordered by the trial judge. *Ibid.*, at p. 629.

<sup>128</sup> *Supra*, note 116, at para. 14.850.

<sup>129</sup> *Ibid.*, at para. 14.780; para. 14.760.

<sup>130</sup> *Ibid.*, at para. 14.780.

<sup>131</sup> *Supra*, note 99, at p. 910.

<sup>132</sup> *Supra*, note 116, at para. 14.820.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Supra*, note 112.

<sup>135</sup> Professor Roach states, at para. 14.570 that “[c]onstitutional exemptions have been awarded as a remedy to individuals under s. 24(1) of the Charter or as a consequence of a partial declaration of invalidity under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*”. *Supra*, note 116.

<sup>136</sup> The respondents request in their written submissions that the declaration strike down s. 77(1) as it applies to the Band.

<sup>137</sup> *Westfair Foods, supra*, note 103, at p. 46.

<sup>138</sup> *Supra*, note 16, at p. 559.

<sup>139</sup> *Supra*, note 112, at p. 104.

<sup>115</sup> *Ibid.*, à la p. 628.

<sup>116</sup> Kent Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (Aurora: Canada Law Books, 1995), au par. 14.750.

<sup>117</sup> Précité, note 112.

<sup>118</sup> *Ibid.*, à la p. 104.

<sup>119</sup> *Ibid.*, aux p. 104 et 105.

<sup>120</sup> Précité, note 101, à la p. 628.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*, à la p. 629.

<sup>124</sup> Précité, note 100.

<sup>125</sup> *Ibid.*, à la p. 576.

<sup>126</sup> *Ibid.*, à la p. 577.

<sup>127</sup> Le juge McLachlin a souscrit «de façon générale» aux motifs du juge en chef Lamer sur cette question, mais elle a aussi formulé des commentaires au sujet des conditions auxquelles le juge en chef Lamer aurait accordé l'exemption, comme la vérification quotidienne du consentement et la date d'échéance à inscrire sur l'attestation dont le juge du procès avait ordonné la délivrance. (*Ibid.*, à la p. 629).

<sup>128</sup> Précité, note 116, au par. 14.850.

<sup>129</sup> *Ibid.*, aux par. 14.780 et 14.760.

<sup>130</sup> *Ibid.*, au par. 14.780.

<sup>131</sup> Précité, note 99, à la p. 910.

<sup>132</sup> Précité, note 116, au par. 14.820.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Précité, note 112.

<sup>135</sup> Le professeur Roach déclare, au par. 14.750 que [TRADUCTION] «des exemptions constitutionnelles ont été accordées sous forme de réparations individuelles en vertu de l'art. 24(1) de la Charte ou par suite d'une déclaration partielle d'invalidité prononcée en vertu de l'art. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*». Précité, note 116.

<sup>136</sup> Les intimés demandant dans leurs observations écrites que le jugement déclaratoire déclare inopérant l'art. 77(1) dans la mesure où il s'applique à la bande.

<sup>137</sup> *Westfair Foods, précité*, note 103, à la p. 46.

<sup>138</sup> Précité, note 16, à la p. 559.

<sup>139</sup> Précité, note 112, à la p. 104.