

T-1808-17  
2018 FC 648

T-1808-17  
2018 CF 648

**Joe Pastion** (*Applicant*)

**Joe Pastion** (*demandeur*)

v.

c.

**Dene Tha' First Nation** (*Respondent*)

**La Première nation Dene Tha'** (*défenderesse*)

*INDEXED AS: PASTION v. DENE THA' FIRST NATION*

*RÉPERTORIÉ : PASTION c. PREMIÈRE NATION DENE THA'*

Federal Court, Grammond J.—Edmonton, June 5;  
Ottawa, June 21, 2018.

Cour fédérale, juge Grammond—Edmonton, 5 juin;  
Ottawa, 21 juin 2018.

*Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review of decision by respondent's Election Appeal Board (Board) rejecting applicant's complaint that one candidate for position of Chief ineligible — Applicant alleging that candidate not ordinarily resident of respondent's reserves — Board finding no infraction of Dene Tha' First Nation Election Regulations 1993 (Elections Regulations); if infraction, not significantly affecting election results — Applicant arguing Board should have applied "magic number" test — Main issue whether Board's conclusion reasonable — Rationale for deference, expertise applying with equal, if not more, force when courts reviewing decisions made by Indigenous bodies — Indigenous decision makers better positioned to understand Indigenous legal traditions, purposes of Indigenous laws — Enactment of Indigenous election legislation exercise of self-government — Deference towards Indigenous decision maker consequence of principle of self-government — Board essentially deciding that any challenge to candidate's compliance with residency requirement should have been subject to immediate nomination appeal, as contemplated by Elections Regulations, s. 1(8) — Failure to do so meaning challenge foreclosed — That decision reasonable — Given foregoing conclusion, not necessary to address argument pertaining to "magic number" test — In any event, "magic number" test no longer mandatory following Supreme Court decision in *Opitz v. Wrzesnewskyj* — Real question whether, in circumstances of case, result of election significantly affected — Here, Board understanding what it had to decide — Board's conclusion within range of possible, acceptable outcomes — Application dismissed.*

*Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire de la décision du Comité des appels en matière d'élections de la défenderesse (Comité), qui a rejeté la plainte du demandeur selon laquelle l'un des candidats au poste de chef était inéligible — Le demandeur a allégué que le candidat ne résidait pas ordinairement dans une des réserves de la défenderesse — Le Comité a conclu qu'il n'y avait pas eu infraction au Dene Tha' First Nation Election Regulations 1993 (Règlement électoral); que, même s'il y avait eu une infraction, elle n'avait pas influé de manière significative sur les résultats de l'élection — Le demandeur a fait valoir que le Comité aurait dû appliquer le critère du « nombre magique » — Il s'agissait principalement de savoir si la décision du Comité était raisonnable — Le motif relatif à la déférence et à l'expertise s'applique avec une force égale, voire supérieure, lorsque les tribunaux révisent des décisions rendues par des organismes autochtones — Les décideurs autochtones sont mieux placés pour comprendre les traditions juridiques autochtones et les objectifs des lois autochtones — La promulgation de lois électorales autochtones constitue un exercice d'autonomie gouvernementale — La déférence à l'égard du décideur autochtone découle du principe d'autonomie gouvernementale — Le Comité a décidé essentiellement que toute contestation portant sur le respect par le candidat de l'obligation de résidence aurait dû faire l'objet d'un appel immédiat concernant la candidature, conformément à l'art. 1(8) du Règlement électoral — Cela n'ayant pas été fait, une telle contestation était exclue — Cette décision était raisonnable — Étant donné la conclusion qui précède, il n'était pas nécessaire de se prononcer sur l'argument relatif au critère du « nombre magique » — Quoi qu'il en soit, le critère du « nombre magique » n'est plus obligatoire à la suite de l'arrêt *Opitz c. Wrzesnewskyj* de la Cour suprême — La vraie question était de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, il y a eu une influence significative sur le résultat de l'élection — Dans la présente affaire, le Comité a compris quelle était la question à trancher — La conclusion du Comité appartenait aux issues possibles acceptables — Demande rejetée.*

This was an application for judicial review of a decision by the respondent's Election Appeal Board (Board) rejecting the applicant's complaint that one of the candidates for the position of Chief was ineligible.

The applicant alleged that the candidate in question, Mr. Didzena, was not ordinarily resident on one of the respondent's reserves. The Board rejected the complaint, finding that there had been no "infraction of the regulations" and that, even assuming there was such an infraction, it "did not significantly affect the results of the election".

The applicant argued that because the number of votes received by Mr. Didzena was greater than the difference between the number of votes received by the applicant and by the winner of the election, the Board should have applied the "magic number" test.

The main issue was whether the Board's conclusion that there was "no infraction" to the *Dene Tha' First Nation Election Regulations 1993* (Elections Regulations) was reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

The standard of review in the present case was reasonableness. The main rationale for deference is to give effect to the legislature's intent that certain issues would be decided by administrative bodies. Expertise is another rationale. These rationales apply with equal, if not more, force when courts are called upon to review decisions made by Indigenous bodies. Indigenous decision makers are in a better position than non-Indigenous courts to understand Indigenous legal traditions and the purposes that Indigenous laws pursue. The idea that the legislature intends for administrative decision makers to be afforded deference has a particular resonance in the Indigenous context. The enactment of Indigenous election legislation, such as the Election Regulations at issue in this case, is an exercise of self-government. Where Indigenous laws ascribe jurisdiction to an Indigenous decision maker, deference towards that decision maker is a consequence of the principle of self-government. There is a presumption that reasonableness is the standard of review where a decision maker is interpreting his or her "home statute". In this case, the Election Regulations are the Board's "home statute". The presumption in favour of reasonableness is rebutted only in exceptional circumstances. No such circumstances existed in this case. It could not be said that the interpretation of the Election Regulations is a question of importance for the Canadian legal system as a whole.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du Comité des appels en matière d'élections de la défenderesse (Comité), qui a rejeté la plainte du demandeur selon laquelle l'un des candidats au poste de chef était inéligible.

Le demandeur a allégué que le candidat en question, M. Didzena, ne résidait pas ordinairement dans une des réserves de la défenderesse. Le Comité a rejeté la plainte, en concluant qu'il n'y avait pas eu « infraction au règlement » et que, même en supposant qu'il y ait eu une telle infraction, elle « n'avait pas influé de manière significative sur les résultats de l'élection ».

Le demandeur a fait valoir qu'étant donné que le nombre de voix obtenues par M. Didzena était supérieur à l'écart entre le nombre de voix qu'il a reçues et le nombre de voix remportées par le candidat élu, le Comité aurait dû appliquer le critère du « nombre magique ».

Il s'agissait principalement de savoir s'il était raisonnable pour le Comité de conclure qu'il n'y avait eu « aucune infraction » au *Dene Tha' First Nation Election Regulations 1993* (Règlement électoral).

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La norme de contrôle dans la présente affaire est celle de la décision raisonnable. Il faut faire preuve de déférence principalement afin de respecter l'intention du législateur voulant que certaines questions soient tranchées par des organismes administratifs. L'expertise est une autre raison. Ces motifs s'appliquent avec une force égale, voire supérieure, lorsque les tribunaux sont appelés à réviser des décisions rendues par des organismes autochtones. Les décideurs autochtones sont mieux placés que les tribunaux non autochtones pour comprendre les traditions juridiques autochtones et les objectifs des lois autochtones. L'idée que le législateur souhaite que l'on fasse preuve de déférence à l'égard des décideurs administratifs a une résonance particulière dans le contexte autochtone. La promulgation de lois électorales autochtones, comme le Règlement électoral dont il est question en l'espèce, constitue un exercice d'autonomie gouvernementale. Lorsque des lois autochtones accordent une compétence à un décideur autochtone, faire preuve de déférence à son égard découle du principe d'autonomie gouvernementale. Il existe une présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle lorsqu'un décideur interprète sa propre « loi constitutive ». En l'espèce, le Règlement électoral est la « loi constitutive » du Comité. La présomption en faveur de la norme de la décision raisonnable n'est réfutée que dans des circonstances exceptionnelles. Aucune circonstance de ce type n'existait en l'espèce. On ne saurait affirmer que l'interprétation du Règlement

The Board's decision was reasonable. The gist of the Board's decision was that any challenge to Mr. Didzena's compliance with the residency requirement should have been the subject of an immediate nomination appeal, pursuant to subsection 1(8) of the Election Regulations. This not having been done, such a challenge was foreclosed. It was reasonable for the Board to decide that a challenge to the nomination process had to be brought immediately after the nomination meeting and not after the election. This is precisely what is contemplated by subsection 1(8) of the Election Regulations. One could object that paragraph 8(5)(b) of the Election Regulations, which provides that "a candidate who ran in the election was ineligible", is a ground for appealing the results and that the Board's interpretation of the Election Regulations deprived paragraph 8(5)(b) of any effect. However, that did not make the Board's decision unreasonable. Where two interpretations of a written law are possible, choosing one over the other is not unreasonable.

Given the foregoing conclusion, it was not necessary to decide whether the Board's alternative ground for dismissing the applicant's appeal (i.e. that the results of the election were not significantly affected by the alleged infraction) was reasonable. However, it was addressed at the parties' request. The applicant argued that the Board erred in not applying the "magic number" test. The Supreme Court of Canada cast doubt on the validity of the "magic number" test in *Opitz v. Wrzesnewskyj*. In the wake of *Opitz*, the "magic number" test is no longer mandatory. The real question is whether, in the circumstances of the case, the result of the election was significantly affected. Here, the Board understood what it had to decide, namely, whether the incident "played a significant role as to the outcome of the election". The conclusion of the Board was "within a range of possible, acceptable outcomes".

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31<sup>st</sup> Victoria, Chapter 42, S.C. 1869, c. 6, s. 10.*  
*Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2.*

électoral est une question d'importance pour le système juridique canadien dans son ensemble.

La décision du Comité était raisonnable. Le cœur de la décision du Comité était que toute contestation portant sur le respect par M. Didzena de l'obligation de résidence aurait dû faire l'objet d'un appel immédiat concernant la candidature, conformément au paragraphe 1(8) du Règlement électoral. Cela n'ayant pas été fait, une telle contestation est maintenant exclue. Il était raisonnable pour le Comité de conclure que toute contestation au sujet du processus de mise en candidature aurait dû être présentée immédiatement après l'assemblée de mise en candidature et non après l'élection. C'est précisément ce que prévoit le paragraphe 1(8) du Règlement électoral. On pourrait dire que l'alinéa 8(5)b) du Règlement électoral, qui énonce que le fait qu'un « candidat s'étant présenté à l'élection était inéligible », constitue un motif pour faire appel des résultats, et que l'interprétation faite par le Comité du Règlement électoral prive l'alinéa 8(5)b) de tout effet. Toutefois, cela ne rend pas la décision du Comité déraisonnable. Lorsque deux interprétations d'une loi écrite sont possibles, il n'est pas déraisonnable de choisir une interprétation aux dépens de l'autre.

Étant donné la conclusion qui précède, il n'était pas nécessaire de trancher la question de savoir si le motif subsidiaire invoqué par le Comité pour rejeter l'appel du demandeur (à savoir que les irrégularités alléguées ont influé de manière significative sur le résultat de l'élection) était raisonnable. Néanmoins, elle a été abordée à la demande des parties. Le demandeur a fait valoir que le Comité a commis une erreur en omettant d'appliquer le critère du « nombre magique ». La Cour suprême du Canada a soulevé des doutes quant à la validité du critère du « nombre magique » dans l'arrêt *Opitz c. Wrzesnewskyj*. À la suite de l'arrêt *Opitz*, le critère du « nombre magique » n'est plus obligatoire. La vraie question était de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, les irrégularités ont influé de manière significative sur le résultat de l'élection. Dans la présente affaire, le Comité a compris quelle était la question à trancher, à savoir si l'incident avait « joué un rôle significatif sur le résultat de l'élection ». La conclusion du Comité appartenait « aux issues possibles acceptables ».

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux, S.C. 1869, ch. 6, art. 10.*  
*Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2.*

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 13 September 2007, G.A. Res. A/61/295, Art. 34.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

## CONSIDERED:

*Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council*, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1; *Commanda v. Algonquins of Pikwakanagan First Nation*, 2018 FC 616; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Opitz v. Wrzesnewskij*, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76.

## REFERRED TO:

*Connolly v. Woolrich* (1867), 11 L.C.J. 197, 17 R.J.R.Q. 75 (Que. S.C.), aff'd (1869), 17 R.J.R.Q. 266, 1 C.N.L.C. 151 (Que. Q.B.); *Casimel v. Insurance Corp. of British Columbia*, 1993 CanLII 1258, 106 D.L.R. (4th) 720 (B.C.C.A.); *Alderville First Nation v. Canada*, 2014 FC 747; *Logan v. Styres* (1959), 20 D.L.R. (2d) 416 (Ont. H.C.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [2000] 1 F.C. 325, (1999), 176 D.L.R. (4th) 35 (C.A.); *Henry v. Roseau River Anishinabe First Nation*, 2017 FC 1038; *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792, [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); *Ratt v. Matchewan*, 2010 FC 160, 12 Admin. L.R. (5th) 48; *C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 97 D.L.R. (3d) 417; *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249; *D'Or v. St. Germain*, 2014 FCA 28, [2014] 2 C.N.L.R. 36; *Johnson v. Tait*, 2015 FCA 247, 479 N.R. 298; *Lavallee v. Ferguson*, 2016 FCA 11, 480 N.R. 358; *Cold Lake First Nations v. Noel*, 2018 FCA 72; *Giroux v. Swan River First Nation*, 2006 FC 285, 288 F.T.R. 55; *Shotclose v. Stoney First Nation*, 2011 FC 750, 392 F.T.R. 115; *Beardy v. Beardy*, 2016 FC 383; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Lewis v. Gitxaala Nation*, 2015 FC 204, 476 F.T.R. 63; *Omoth v. Ghostkeeper*, 2005 ABQB 671 (CanLII), 387 A.R. 201; *McNabb v. Cyr*, 2017 SKCA 27 (CanLII).

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, Rés. A.G. A/61/295, art. 34.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *Gamblin c. Conseil de la Nation des Cris de Norway House*, 2012 CF 1536; *Commanda c. Première Nation des Algonquins de Pikwakanagan*, 2018 CF 616; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Opitz c. Wrzesnewskij*, 2012 CSC 55, [2012] 3 R.C.S. 76.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Connolly v. Woolrich* (1867), 11 L.C.J. 197, 17 R.J.R.Q. 75 (C. sup. Qué.), conf. par (1869), 17 R.J.R.Q. 266, 1 C.N.L.C. 151 (Q.B. Qué.); *Casimel v. Insurance Corp. of British Columbia*, 1993 CanLII 1258, 106 D.L.R. (4th) 720 (C.A. C.-B.); *Première Nation d'Alderville c. Canada*, 2014 CF 747; *Logan v. Styres* (1959), 20 D.L.R. (2d) 416 (H.C. Ont.); *Canadian Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325 (C.A.); *Henry v. Conseil coutumier de la Première nation Anishinabe de Roseau River*, 2017 CF 1038; *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792 (C.A.); *Ratt c. Matchewan*, 2010 CF 160; *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Première nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269; *D'Or c. St. Germain*, 2014 CAF 28; *Johnson c. Tait*, 2015 CAF 247; *Lavallee c. Ferguson*, 2016 CAF 11; *Cold Lake First Nations c. Noel*, 2018 CAF 72; *Giroux c. Première nation de Swan River*, 2006 CF 285; *Shotclose c. Première nation Stoney*, 2011 CF 750; *Beardy c. Beardy*, 2016 CF 383; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Lewis c. Nation Gitxaala*, 2015 CF 204; *Omoth v. Ghostkeeper*, 2005 ABQB 671 (CanLII), 387 A.R. 201; *McNabb v. Cyr*, 2017 SKCA 27 (CanLII).

## AUTHORS CITED

- Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 2010.
- Canada. Dept. of Indian Affairs and Northern Development. *Aboriginal self-government: federal policy guide: the Government of Canada's approach to implementation of the inherent right and the negotiation of aboriginal self-government*, Ottawa: Minister of Indian Affairs and Northern Development, 1995.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 4 "Perspectives and Realities", Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996.
- Friedland, Hadley. *The Wetiko Legal Principles: Cree and Anishinabek Responses to Violence and Victimization*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.
- Grammond, Sébastien. *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*. Toronto: Carswell, 2013.
- Hanna, Alan. "Spaces for Sharing: Searching for Indigenous Law on the Canadian Legal Landscape" (2018), 51 *U.B.C. L. Rev.* 105.
- Hickey, Kevin J. "Accuracy Counts: Illegal Votes in Contested Elections and the Case for Complete Proportionate Deduction" (2008), 83 *N.Y.U.L. Rev.* 167.
- Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada, 2015.
- Huefner, Steven F. "Remedying Election Wrongs" (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 266.
- Ludwin, Ilana. "Electoral Errors in Etobicoke: Issues & Implications" (2013), 7 *J.P.P.L.* 339.
- Metallic, Naiomi. "Indian Act By-Laws: A Viable Means for First Nations to (Re)Assert Control over Local Matters Now and not Later" (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.
- Sossin, Lorne. "Indigenous Self-Government and the Future of Administrative Law" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 595.

APPLICATION for judicial review of a decision by the respondent's Election Appeal Board rejecting the applicant's complaint that one of the candidates for the position of Chief was ineligible. Application dismissed.

## DOCTRINE CITÉE

- Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*. Toronto : University of Toronto Press, 2010.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4 « Perspectives et réalités », Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1996.
- Canada. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. *L'Autonomie gouvernementale des autochtones : guide de la politique fédérale : l'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa : Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1995.
- Friedland, Hadley. *The Wetiko Legal Principles : Cree and Anishinabek Responses to Violence and Victimization*. Toronto : University of Toronto Press, 2018.
- Grammond, Sébastien. *Terms of Coexistence : Indigenous Peoples and Canadian Law*. Toronto : Carswell, 2013.
- Hanna, Alan. « Spaces for Sharing : Searching for Indigenous Law on the Canadian Legal Landscape » (2018), 51 *U.B.C. L. Rev.* 105.
- Hickey, Kevin J. « Accuracy Counts : Illegal Votes in Contested Elections and the Case for Complete Proportionate Deduction » (2008), 83 *N.Y.U.L. Rev.* 167.
- Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015.
- Huefner, Steven F. « Remedying Election Wrongs » (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 266.
- Ludwin, Ilana. « Electoral Errors in Etobicoke : Issues & Implications » (2013), 7 *J.P.P.L.* 339.
- Metallic, Naiomi. « Indian Act By-Laws : A Viable Means for First Nations to (Re)Assert Control over Local Matters Now and not Later » (2016), 67 *R.D. U.N.-B.* 211.
- Sossin, Lorne. « Indigenous Self-Government and the Future of Administrative Law » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 595.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du Comité des appels en matière d'élections de la défenderesse, qui a rejeté la plainte du demandeur selon laquelle l'un des candidats au poste de chef était inéligible. Demande rejetée.

## APPEARANCES

*Priscilla Kennedy* for applicant.  
*Michael S. Solowan* and *Alifeyah Gulamhusein* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*DLA Piper (Canada) LLP*, Edmonton, for applicant.  
*Brownlee LLP*, Edmonton, for respondent.

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

[1] GRAMMOND J.: The applicant, Joe Pastion, appealed the results of the recent election for Chief of the Dene Tha' First Nation to that Nation's Election Appeal Board (the Board). Prior to the election, Mr. Pastion held the position of Chief. He lost his bid for re-election to James Ahnassay, who won the election with 158 votes. Mr. Pastion was the runner-up with 129 votes, losing by a total of 29 votes.

[2] The basis of Mr. Pastion's appeal was that one candidate, Mr. Didzena, who received 44 votes, was ineligible, as he was not ordinarily resident on one of the Nation's reserves. Mr. Pastion complained about this situation to the Board. The Board rejected the complaint, finding that there had been no "infraction of the regulations" and that, even assuming there was such an infraction, it "did not significantly affect the results of the election".

[3] Mr. Pastion now seeks judicial review of the decision of the Board. He argues that the number of votes received by Mr. Didzena was greater than the difference between the number of votes received by himself and by Mr. Ahnassay. In election law, this is often called the "magic number" test. Mr. Pastion argues that because the number of votes received by an ineligible candidate exceeded the "magic number", one cannot be sure that the results of the election would have been the same, had the name of that ineligible candidate not appeared on the ballot.

## ONT COMPARU

*Priscilla Kennedy*, pour le demandeur.  
*Michael S. Solowan* et *Alifeyah Gulamhusein* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*DLA Piper (Canada) LLP*, Edmonton pour le demandeur.  
*Brownlee LLP*, Edmonton, pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE GRAMMOND : Le demandeur, Joe Pastion, a fait appel des résultats de la récente élection du chef de la Première nation Dene Tha' devant le Comité des appels en matière d'élections de la Première nation (le Comité). Avant l'élection, M. Pastion occupait le poste de chef. Il n'a pas réussi à se faire réélire, et c'est James Ahnassay qui a remporté le scrutin avec 158 voix. M. Pastion a terminé second avec 129 voix, perdant ainsi par un écart de 29 voix.

[2] M. Pastion a fait appel au motif que l'un des candidats, M. Didzena, qui a obtenu 44 voix, était inéligible puisqu'il ne résidait pas ordinairement dans une des réserves de la Première nation. M. Pastion a déposé une plainte au Comité à ce sujet. Le Comité a rejeté la plainte, en concluant qu'il n'y avait pas eu [TRADUCTION] « infraction au règlement » et que, même en supposant qu'il y ait une telle infraction, elle [TRADUCTION] « n'avait pas influé de manière significative sur les résultats de l'élection ».

[3] M. Pastion sollicite maintenant le contrôle judiciaire de la décision du Comité. Il affirme que le nombre de voix obtenues par M. Didzena était supérieur à l'écart entre le nombre de voix qu'il a reçues et le nombre de voix remportées par M. Ahnassay. Dans le droit électoral, cet écart est souvent appelé le critère du « nombre magique ». M. Pastion affirme qu'étant donné que le nombre de voix reçues par un candidat inéligible dépassait le « nombre magique », on ne peut être certain que le résultat de l'élection aurait été le même si le nom du candidat inéligible n'avait pas été inscrit sur le bulletin de vote.

[4] I am dismissing this application, because a fair reading of the Board's decision reveals that it did not accept that Mr. Didzena was ineligible. It rather concluded that any challenge to his eligibility should have been pursued at an earlier stage of the process. Thus, the Board made a reasonable decision when it rejected Mr. Pastion's appeal.

[5] In order to explain my reasons for reaching this conclusion, it is necessary to step back and to review the basic principles governing the intervention of the Federal Court in First Nations governance matters. I will discuss the nature of the election regulations made by the Dene Tha' First Nation. Next, I will explain why reasonableness is the standard of review in this case. I will then be in a position to analyse the decision made by the Board in Mr. Pastion's appeal and explain why it was reasonable.

#### I. Applicable Law

[6] The legal rules governing this case are found in the *Dene Tha' First Nation Election Regulations 1993* (Election Regulations). It was adopted by the Dene Tha' First Nation.

[7] No specific provision of Canadian law empowers the Dene Tha' First Nation to enact those regulations. Rather, the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (*Indian Act*) states, in section 2, that, for certain First Nations such as the Dene Tha', the council is "chosen according to the custom of the band". As we will see below, the reference to "custom" in the *Indian Act* must be understood in a broad sense and refers to what is more properly called Indigenous law.

[8] Indigenous legal traditions are among Canada's legal traditions. They form part of the law of the land. Chief Justice McLachlin of the Supreme Court of Canada wrote, more than 15 years ago, that "aboriginal interests and customary laws were presumed to survive the assertion of sovereignty" (*Mitchell v. M.R.N.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at paragraph 10). In a long line of cases, from *Connolly v. Woolrich* (1867),

[4] Je rejette la présente demande, parce qu'une lecture objective de la décision du Comité permet de constater que ce dernier n'a pas reconnu que M. Didzena était inéligible. Il a plutôt conclu que toute contestation de son éligibilité aurait dû être présentée à une étape antérieure du processus. Ainsi, le comité a rendu une décision raisonnable en rejetant l'appel de M. Pastion.

[5] Afin d'expliquer pourquoi j'en arrive à cette conclusion, je dois revenir en arrière et passer en revue les principes fondamentaux régissant l'intervention de la Cour fédérale dans les affaires de gouvernance des Premières nations. Je traiterai de la nature du règlement électoral adopté par la Première nation Dene Tha'. J'expliquerai pourquoi la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable en l'espèce. Je pourrai ensuite analyser la décision rendue par le comité concernant l'appel de M. Pastion et expliquer pourquoi cette décision était raisonnable.

#### I. Le droit applicable

[6] Les règles de droit qui s'appliquent en l'espèce se trouvent dans le *Dene Tha' First Nation Election Regulations 1993* (Règlement électoral). Ce règlement a été adopté par la Première nation Dene Tha'.

[7] Aucune disposition précise du droit canadien n'habilite la Première nation Dene Tha' à adopter ce règlement. L'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la *Loi sur les Indiens*) énonce plutôt que pour certaines Premières nations, comme la Première nation Dene Tha', le conseil est « choisi selon la coutume de [la bande] ». Comme nous le verrons ci-dessous, le terme « coutume » employé dans la *Loi sur les Indiens* doit être compris au sens large; il fait référence à ce que l'on devrait appeler droit autochtone.

[8] Les traditions juridiques autochtones comptent parmi les traditions juridiques du Canada. Elles font partie du droit du pays. Le juge en chef McLachlin de la Cour suprême du Canada a écrit, il y a plus de 15 ans, que « les intérêts et les lois coutumières autochtones étaient présumés survivre à l'affirmation de souveraineté » (*Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, au paragraphe 10). Dans une longue série

11 L.C.J. 197, 17 R.J.R.Q. 75 (Que. S.C.), affd (1869), 17 R.J.R.Q. 266, 1 C.N.L.C. 151 (Que. Q.B.), to *Casimel v. Insurance Corp. of British Columbia*, 1993 CanLII 1258, 106 D.L.R. (4th) 720 (B.C.C.A.), Canadian courts have recognized the existence of Indigenous legal traditions and have given effect to situations created by Indigenous law, particularly in matters involving family relationships (for a survey, see Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law* (Toronto: Carswell, 2013), at pages 374–385; see also *Alderville First Nation v. Canada*, 2014 FC 747).

[9] Despite the occasional recognition of Indigenous law by Canadian courts, the overall tendency was, for a long period, one of denial and suppression (see Alan Hanna, “Spaces for Sharing: Searching for Indigenous Law on the Canadian Legal Landscape” (2018), 51 *U.B.C. L. Rev.* 105). This was particularly apparent in the domain that is directly relevant to this case, namely community governance. As early as 1869, Parliament enacted provisions allowing the government to suppress traditional systems of governance and replace them with elected councils to govern the affairs of communities (*An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31<sup>st</sup> Victoria, Chapter 42, S.C. 1869, c. 6, s. 10*). In technical terms, this was accomplished through the addition of a First Nation’s name to a regulation that contains the names of all First Nations which must conduct elections according to the *Indian Act*. Several First Nations resisted the imposition of elected governance or retained their traditional systems in parallel to the elected band councils (see, for example, the situation described in *Logan v. Styres* (1959), 20 D.L.R. (2d) 416 (Ont. H.C.)).

[10] There has recently been a renewed interest in Indigenous legal traditions. They are the object of academic research and teaching (see, for example, John Borrows, *Canada’s Indigenous Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 2010) (Borrows,

de décisions, de *Connolly v. Woolrich* (1867), 11 L.C.J. 197, 17 R.J.R.Q. 75 (C. sup. Qué.), conf. par (1869), 17 R.J.R.Q. 266, 1 C.N.L.C. 151 (Q.B. Qué.), à *Casimel v. Insurance Corp. of British Columbia*, 1993 CanLII 1258, 106 D.L.R. (4th) 720 (C.A. C.-B.), les tribunaux canadiens ont reconnu l’existence des traditions juridiques autochtones et donné effet à certaines situations créées par le droit autochtone, en particulier dans les affaires concernant les relations familiales (pour un exposé sommaire, voir Sébastien Grammond, *Terms of Coexistence : Indigenous Peoples and Canadian Law* (Toronto : Carswell, 2013), aux pages 374 à 385; voir également *Première Nation d’Alderville c. Canada*, 2014 CF 747).

[9] Bien que les tribunaux canadiens aient reconnu à l’occasion le droit autochtone, la tendance générale a plutôt été, pendant une longue période, au déni et à la suppression (voir Alan Hanna, « Spaces for Sharing : Searching for Indigenous Law on the Canadian Legal Landscape » (2018), 51 *U.B.C. L. Rev.* 105). Cette tendance était particulièrement évidente dans le domaine qui nous concerne en l’espèce, à savoir la gouvernance des communautés. Dès 1869, le législateur a promulgué des dispositions autorisant le gouvernement à supprimer les systèmes traditionnels de gouvernance et à les remplacer par des conseils élus chargés de régir les affaires des communautés (*Acte pourvoyant à l’émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l’extension des dispositions de l’acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux, S.C. 1869, ch. 6, art. 10*). En pratique, cela s’est fait en ajoutant des noms de Premières nations à un règlement contenant les noms de toutes les Premières nations qui doivent mener des élections conformément à la *Loi sur les Indiens*. Plusieurs Premières nations ont résisté à l’imposition d’une gouvernance élective ou conservé leurs systèmes traditionnels en parallèle aux conseils de bande élus (voir, par exemple, le cas présenté dans *Logan v. Styres* (1959), 20 D.L.R. (2d) 416 (H.C. Ont.)).

[10] Depuis quelque temps, on assiste à un regain d’intérêt pour les traditions juridiques autochtones. Elles font l’objet de recherches et de programmes d’enseignement universitaires (voir, par exemple, John Borrows, *Canada’s Indigenous Constitution* (Toronto :

Indigenous Constitution); Indigenous Law and Legal Pluralism, a special issue of the *McGill Law Journal*, Vol. 61 No. 4 (2016); Hadley Friedland, *The Wetiko Legal Principles: Cree and Anishinabek Responses to Violence and Victimization* (Toronto: University of Toronto Press, 2018)). The Truth and Reconciliation Commission of Canada pointed out that the recognition of Indigenous peoples' power to make laws is central to reconciliation (*Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, Winnipeg: Truth and Reconciliation Commission of Canada (2015), at pages 202–207). And the *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 13 September 2007 (G.A. Res. A/61/295, 61st Sess., Supp. No. 53 (2007)) echoes these aspirations in Article 34:

Indigenous peoples have the right to promote, develop and maintain their institutional structures and their distinctive customs, spirituality, traditions, procedures, practices and, in the cases where they exist, juridical systems or customs, in accordance with international human rights standards.

[11] Over the last 40 years or so, the federal government has recognized and supported the desire of First Nations to “revert to custom”, by removing their names from the list of First Nations that must hold elections according to the *Indian Act*. The government is prepared to do so, however, only where a First Nation adopts a “custom” that provides for regular elections. In practical terms, those First Nations are allowed to vary the parameters of the electoral process set by the *Indian Act*, but must still adhere to democratic principles.

[12] Despite the restrictions flowing from government policy, many First Nations have enacted laws regarding various aspects of their governance, including elections. One aspect of that law-making power must be emphasized. As Justice Mandamin of this Court explained:

University of Toronto Press, 2010) (Borrows, Indigenous Constitution); Indigenous Law and Legal Pluralism, numéro spécial de la *Revue de droit de McGill*, vol. 61, n° 4 (2016); Hadley Friedland, *The Wetiko Legal Principles : Cree and Anishinabek Responses to Violence and Victimization* (Toronto : University of Toronto Press, 2018)). La Commission de vérité et réconciliation du Canada a souligné que la reconnaissance du pouvoir des peuples autochtones d'édicter des lois est essentielle à la réconciliation (*Honorer la vérité, réconcilier pour l'avenir : sommaire du rapport final de la commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg : Commission de vérité et réconciliation du Canada (2015), aux pages 215 à 221). En outre, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007 (Rés. A.G. A/61/295, 61<sup>e</sup> sess., supp. n° 53 (2007)) fait écho à ces aspirations à l'article 34 :

Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme.

[11] Depuis une quarantaine d'années, le gouvernement fédéral reconnaît et appuie le désir des Premières nations de « revenir à la coutume » en retirant leur nom de la liste des Premières nations qui doivent tenir des élections conformément à la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, le gouvernement entreprend cette démarche uniquement lorsqu'une Première nation adopte une « coutume » prévoyant la tenue régulière d'élections. Concrètement, ces Premières nations sont autorisées à s'écarter des paramètres du processus électoral établi par la *Loi sur les Indiens*, mais elles doivent quand même respecter les principes démocratiques.

[12] Malgré les restrictions découlant de la politique gouvernementale, de nombreuses Premières nations ont promulgué des lois concernant divers aspects de leur gouvernance, y compris les élections. Un aspect de ce pouvoir normatif doit être souligné. Comme l'a expliqué le juge Mandamin de notre Cour :

....The capacity of [the First Nation] to make laws concerning matters of leadership and governance are not derived from the *Indian Act* or other statutory power. Rather it is a result of the exercise of the First Nation's aboriginal right to make its own laws concerning governance.

(*Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council*, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1 (*Gamblin*), at paragraph 34; see also *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [2000] 1 F.C. 325 (C.A.), at paragraph 29.)

[13] Hence, what the *Indian Act* describes as “custom” is often the written product of public deliberation within a First Nation. As Professor Borrows notes, Indigenous peoples are fully entitled to use the written form to express their laws, and that does not make those laws any less Indigenous (Borrows, *Indigenous Constitution*, at pages 42–44; see also *Henry v. Roseau River Anishinabe First Nation*, 2017 FC 1038 (*Henry*), at paragraph 13; Naomi Metallic, “Indian Act By-Laws: A Viable Means for First Nations to (Re)Assert Control over Local Matters Now and not Later” (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211, at page 232). Perhaps the phrase “Indigenous legislation” would be more apt than “custom” to describe the Election Regulations.

[14] In enacting legislation for the selection of its leadership, a First Nation may, if it so chooses, rely on the mechanisms of Western democracy. It may also provide for a mechanism that blends Western democracy and Indigenous tradition. For example, in this case, the Election Regulations provide that the nomination of candidates must be approved by a Senate of Elders, and members of that Senate of Elders may also be invited to form part of an election appeal board. Needless to say, the manner in which various sources of law are blended is a matter for each First Nation to decide and this Court should respect that choice.

[...] La capacité de la [Première nation] de légiférer en matière de leadership et de gouvernance ne provient pas de la *Loi sur les Indiens* ou d'un autre pouvoir législatif. Elle est plutôt le fruit de l'exercice du droit ancestral de cette Première Nation de faire ses propres lois en matière de gouvernance.

(*Gamblin c. Conseil de la Nation des Cris de Norway House*, 2012 CF 1536 (*Gamblin*), au paragraphe 34; voir également *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325 (C.A.), au paragraphe 29.)

[13] Ainsi, ce que la *Loi sur les Indiens* désigne comme une « coutume » est souvent le produit écrit des délibérations publiques au sein d'une Première nation. Comme le souligne le professeur Borrows, les peuples autochtones ont tout à fait le droit d'utiliser la forme écrite pour exprimer leurs lois, et cela ne rend pas ces lois moins autochtones (Borrows, *Indigenous Constitution*, aux pages 42 à 44; voir également *Henry v. Conseil coutumier de la Première nation Anishinabe de Roseau River*, 2017 CF 1038 (*Henry*), au paragraphe 13; Naomi Metallic, « Indian Act By-Laws : A Viable Means for First Nations to (Re)Assert Control over Local Matters Now and not Later » (2016), 67 *R.D. U.N.-B.* 211, à la page 232). L'expression « législation autochtone » serait sans doute mieux choisie pour désigner le Règlement électoral que le mot « coutume ».

[14] Lorsqu'elle adopte une loi pour la sélection de ses dirigeants, une Première nation peut, si elle le souhaite, s'appuyer sur les mécanismes de la démocratie occidentale. Elle peut aussi opter pour un mécanisme qui combine la démocratie occidentale et la tradition autochtone. Par exemple, en l'espèce, le Règlement électoral prescrit que la nomination des candidats doit être approuvée par un sénat d'Aînés, et que les membres de ce sénat d'Aînés peuvent également être invités à faire partie d'un comité d'appel en matière d'élections. Bien entendu, il appartient à chaque Première nation de décider comment elle va combiner les diverses sources de droit. Notre Cour devrait respecter ce choix.

## II. The Role of the Federal Court in First Nation Elections

### A. *Jurisdiction*

[15] The parties are in agreement that this Court has jurisdiction to review decisions of the Board. Indeed, there is a long line of cases holding that this Court has jurisdiction to review decisions regarding the validity of First Nation elections, including where the decision is made by a body created by the election laws of the First Nation, such as the Election Appeal Board in this case (see, for example, *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792 (C.A.); *Ratt v. Matchewan*, 2010 FC 160, 12 Admin. L.R. (5th) 48, at paragraphs 96–106; *Gamblin*, at paragraphs 29–63). In exercising that jurisdiction, this Court has developed an expertise in adjudicating First Nation governance disputes. It also offers mediation services or other processes that allow for the expression of a broader set of Indigenous laws and principles in the settlement of such disputes (see *Henry*, at paragraphs 18–37).

### B. *Standard of Review*

[16] This brings me to the principles guiding this Court when it exercises its supervisory jurisdiction over Indigenous decision-making bodies.

[17] Mr. Pastion argues that this Court should review the Board's decision on a standard of correctness, as the issues involved are questions of law. In other words, I would have to substitute my opinion for that of the Board. I am unable to accept that submission. The standard of review is reasonableness, not correctness.

[18] For the last 40 years or so, the Supreme Court of Canada has directed courts to show deference towards administrative decision makers when reviewing their decisions (*C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227). In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), the Court decided that this means that in most cases, reviewing courts must not set aside an administrative decision unless it is

## II. Rôle de la Cour fédérale quant aux élections au sein des Premières nations

### A. *Compétence*

[15] Les parties conviennent que notre Cour a compétence pour examiner les décisions du Comité. En effet, de nombreuses décisions indiquent que notre Cour a compétence pour examiner des décisions concernant la validité d'élections au sein des Premières nations, y compris lorsque la décision est rendue par un organisme créé par les lois électorales de la Première nation, comme c'est le cas du Comité d'appel en matière d'élections en l'espèce (voir, par exemple, *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792 (C.A.); *Ratt c. Matchewan*, 2010 CF 160, aux paragraphes 96 à 106; *Gamblin*, aux paragraphes 29 à 63). En exerçant cette compétence, la Cour a acquis une expertise en matière de différends touchant à la gouvernance des Premières nations. Elle offre également des services de médiation ou d'autres processus qui facilitent l'expression d'une gamme plus vaste de lois et de principes autochtones dans le règlement de tels différends (voir *Henry*, aux paragraphes 18 à 37).

### B. *Norme de contrôle*

[16] Cela m'amène aux principes qui guident la Cour dans l'exercice de son pouvoir de surveillance à l'égard des organismes décisionnels autochtones.

[17] M. Pastion affirme que la Cour devrait examiner la décision du Comité en fonction de la norme de la décision correcte, puisque les questions en litige sont des questions de droit. Autrement dit, je devrais substituer mon opinion à celle du Comité. Je ne puis accepter cet argument. La norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, et non celle de la décision correcte.

[18] Depuis une quarantaine d'années, la Cour suprême du Canada demande aux tribunaux de faire preuve de déférence à l'endroit des décideurs administratifs lorsqu'elle examine leurs décisions (*S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227). Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour a décidé que cela signifiait que dans la plupart des cas, les cours de révision

shown to be unreasonable. In particular, “a court must presume, in reviewing a decision in which a specialized administrative tribunal has interpreted and applied its enabling statute or a statute with a close connection to its function, that the reasonableness standard applies” (*Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488, at paragraph 15). This is often known as the “home statute” presumption.

[19] Briefly stated, the main rationale for deference is to give effect to the legislature’s intent that certain issues would be decided by administrative bodies. If courts, on judicial review, were to substitute their own decisions, the legislature’s intent would be thwarted (*Dunsmuir*, at paragraph 30). Expertise is another rationale frequently mentioned. If the legislature conferred jurisdiction over a specific issue to an administrative body, it is often because that body is composed of persons who have an in-depth knowledge of the issue or are expected to develop such knowledge as they repeatedly adjudicate the issue (*Dunsmuir*, at paragraphs 49, 54, 55).

[20] These rationales apply with equal, if not more, force when courts are called upon to review decisions made by Indigenous bodies. Indeed, since *Dunsmuir*, the Federal Court of Appeal has repeatedly held that decisions of First Nation election appeal bodies must be reviewed on a standard of reasonableness, including when they are interpreting the provisions of an election code: *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249, at paragraphs 8–12; *D’Or v. St. Germain*, 2014 FCA 28, [2014] 2 C.N.L.R. 36, at paragraphs 5–7; *Johnson v. Tait*, 2015 FCA 247, 479 N.R. 298, at paragraph 28; *Lavallee v. Ferguson*, 2016 FCA 11, 480 N.R. 358, at paragraph 19; *Cold Lake First Nations v. Noel*, 2018 FCA 72, at paragraph 24.

doivent s’abstenir d’annuler une décision administrative, à moins qu’il ne soit démontré qu’elle est déraisonnable. Plus précisément, « la cour appelée à réviser la décision d’un tribunal administratif spécialisé qui interprète et applique sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat doit présumer que la norme de la décision raisonnable s’applique » (*Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, au paragraphe 15). On parlera souvent de la présomption de déférence envers l’interprétation de la « loi constitutive ».

[19] Pourquoi faut-il faire preuve de déférence? En somme, c’est principalement afin de respecter l’intention du législateur voulant que certaines questions soient tranchées par des organismes administratifs. Si les tribunaux devaient, lors d’un contrôle judiciaire, imposer leurs propres décisions, l’intention du législateur serait contrecarrée (*Dunsmuir*, au paragraphe 30). L’expertise est une autre raison fréquemment invoquée. Si le législateur a conféré à un organisme administratif la compétence visant une question en particulier, c’est souvent parce que cet organisme est composé de personnes qui possèdent une connaissance approfondie de la question, ou dont on s’attend qu’ils acquièrent une telle connaissance en tranchant fréquemment ce type de litige (*Dunsmuir*, aux paragraphes 49, 54 et 55).

[20] Ces motifs s’appliquent avec une force égale, voire supérieure, lorsque les tribunaux sont appelés à réviser des décisions rendues par des organismes autochtones. En fait, depuis l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour d’appel fédérale a affirmé à plusieurs reprises que les décisions des comités d’appel en matière d’élections des Premières nations devaient être examinées selon la norme de la décision raisonnable, y compris lorsqu’elles reposent sur une interprétation des dispositions d’un code électoral : *Première nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269, aux paragraphes 8 à 12; *D’Or c. St. Germain*, 2014 CAF 28, aux paragraphes 5 à 7; *Johnson c. Tait*, 2015 CAF 247, au paragraphe 28; *Lavallee c. Ferguson*, 2016 CAF 11, au paragraphe 19; *Cold Lake First Nations c. Noel*, 2018 CAF 72, au paragraphe 24.

[21] It may be useful to examine more closely the reasons that mandate deference towards Indigenous decision makers tasked with applying Indigenous laws.

[22] Many forms of knowledge may be grouped under the heading of “expertise”. Indigenous decision makers are obviously in a better position than non-Indigenous courts to understand Indigenous legal traditions. They are particularly well-placed to understand the purposes that Indigenous laws pursue. They are also sensitive to Indigenous experience generally and to the conditions of the particular nation or community involved in the decision. They may be able to take judicial notice of facts that are obvious and indisputable to the members of that particular community or nation, which this Court may be unaware of. Indeed, for many Indigenous peoples, a person is best placed to make a decision if that person has close knowledge of the situation at issue (see Lorne Sossin, “Indigenous Self-Government and the Future of Administrative Law” (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 595, at pages 605–607). This Court has recognized that certain of those reasons militate in favour of greater deference towards Indigenous decision makers (*Giroux v. Swan River First Nation*, 2006 FC 285, 288 F.T.R. 55, at paragraphs 54–55; *Shotclose v. Stoney First Nation*, 2011 FC 750, 392 F.T.R. 115, at paragraph 58; *Beardy v. Beardy*, 2016 FC 383, at paragraph 43). For example, in a very recent case, Justice Phelan noted that:

Given that the decisions engage the Appeal Board’s knowledge and expertise of the community norms and experiences and is an internal decision of a community’s electoral laws, as part of the respect owed to aboriginal peoples in the governance of their internal affairs, the Board’s decision should be accorded a high degree of deference within the reasonableness range of outcomes.

(*Commanda v. Algonquins of Pikwakanagan First Nation*, 2018 FC 616, at paragraph 19.)

[23] The idea that the legislature intends for administrative decision makers to be afforded deference has a

[21] Il peut être utile d’examiner de plus près les raisons qui commandent la déférence à l’égard des décideurs autochtones chargés d’appliquer les lois autochtones.

[22] La catégorie « expertise » comprend de nombreuses formes de connaissances. Les décideurs autochtones sont de toute évidence mieux placés que les tribunaux non autochtones pour comprendre les traditions juridiques autochtones. Ils sont particulièrement bien placés pour comprendre les objectifs des lois autochtones. Ils sont également sensibles à l’expérience autochtone en général et à la situation de la nation ou de la communauté précise touchée par la décision. Ils peuvent être en mesure de prendre connaissance d’office de faits qui sont évidents et indiscutables pour les membres de cette communauté ou nation en particulier, et que notre Cour pourrait ne pas connaître. En fait, les Autochtones considèrent souvent qu’une personne est la mieux placée pour rendre une décision si elle a une connaissance étroite de la situation en cause (voir Lorne Sossin, « Indigenous Self-Government and the Future of Administrative Law » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 595, aux pages 605 à 607). Notre Cour a reconnu que certaines de ces raisons militent en faveur d’un plus grand degré de déférence à l’égard des décideurs autochtones (*Giroux c. Première Nation de Swan River*, 2006 CF 285, aux paragraphes 54 et 55; *Shotclose c. Première Nation Stoney*, 2011 CF 750, au paragraphe 58; *Beardy c. Beardy*, 2016 CF 383, au paragraphe 43). Par exemple, dans une décision très récente, le juge Phelan a souligné ce qui suit :

Comme les décisions font appel aux connaissances et à l’expertise que possède la commission d’appel sur les normes et pratiques de la communauté, et qu’il s’agit d’une décision interne portant sur les lois électorales d’une communauté, il convient, eu égard au respect que l’on doit aux peuples autochtones en ce qui a trait à la gouvernance de leurs affaires internes, de faire preuve d’une grande retenue à l’égard de la décision de la commission, tout en s’assurant qu’elle appartient aux issues raisonnables possibles.

(*Commanda c. Première Nation des Algonquins de Pikwakanagan*, 2018 CF 616, au paragraphe 19.)

[23] L’idée que le législateur souhaite que l’on fasse preuve de déférence à l’égard des décideurs

particular resonance in the Indigenous context. For at least three decades, it has been a policy of the federal government to recognize Indigenous self-government (see, for example, Canada, Dept. of Indian Affairs and Northern Development, *Aboriginal Self-Government: Federal Policy Guide: the Government of Canada's approach to implementation of the inherent right and the negotiation of aboriginal self-government*, Ottawa: Minister of Indian Affairs and Northern Development, Ottawa: Minister of Indian Affairs and Northern Development (1995)). The enactment of Indigenous election legislation, such as the Election Regulations at issue in this case, is an exercise of self-government. The application of laws is a component of self-government. It is desirable that laws be applied by the same people who made them. Therefore, where Indigenous laws ascribe jurisdiction to an Indigenous decision maker, deference towards that decision maker is a consequence of the principle of self-government.

[24] Indigenous laws often entrust Elders with certain decision-making powers. In this case, the Election Regulations provide that the nomination of candidates must be approved by a Senate of Elders. Elders may also be invited to be members of an Election Appeal Board. Indeed, the Board convened to address Mr. Pastion's appeal was composed of three Elders.

[25] In its Report, the Royal Commission on Aboriginal Peoples had this to say about Elders:

Elders are generally, although not exclusively, older members of the community. They have lived long and seen the seasons change many times. In many Aboriginal cultures, old age is seen as conferring characteristics not present in earlier years, including insight, wisdom and authority. Traditionally, those who reached old age were the counsellors, guides and resources for the ones still finding their way along life's path.

(Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*,

administratifs a une résonance particulière dans le contexte autochtone. Depuis au moins trois décennies, le gouvernement fédéral a pour politique de reconnaître l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones (voir, par exemple, *L'Autonomie gouvernementale des autochtones : guide de la politique fédérale : l'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en oeuvre du droit inherent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa : Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1995). La promulgation de lois électorales autochtones, comme le Règlement électoral dont il est question en l'espèce, constitue un exercice d'autonomie gouvernementale. Or, la mise en application des lois est une composante de l'autonomie gouvernementale. Il est souhaitable que les lois soient appliquées par les gens qui les font. Par conséquent, lorsque des lois autochtones accordent une compétence à un décideur autochtone, faire preuve de déférence à son égard découle du principe d'autonomie gouvernementale.

[24] Les lois autochtones confient souvent aux Aînés certains pouvoirs décisionnels. En l'espèce, le Règlement électoral prescrit que la nomination des candidats doit être approuvée par un sénat d'Aînés. Des Aînés peuvent également être invités à faire partie d'un comité d'appel en matière d'élections. En fait, le Comité formé pour examiner l'appel interjeté par M. Pastion était composé de trois Aînés.

[25] Dans son rapport, la Commission royale sur les Peuples autochtones a dit ceci au sujet des Aînés :

Les [Aînés] sont généralement, mais non exclusivement, des membres âgés de la communauté. Ce sont des personnes qui ont vécu longtemps, qui ont contemplé maintes fois le cycle des saisons et vu changer le monde autour d'eux. Dans de nombreuses cultures autochtones, on estime que la vieillesse s'accompagne de certaines caractéristiques, notamment la perspicacité, la sagesse et l'autorité, qu'on ne retrouve guère dans les premières périodes de la vie. Traditionnellement, les personnes qui atteignaient un certain âge faisaient office de conseillers, de guides et de personnes-ressources pour les jeunes qui cherchaient encore à donner un sens à leur vie.

(Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les*

Vol. 4 “Perspectives and Realities”, Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996), at page 103.)

[26] When the power to make a decision is entrusted to Elders, this is an additional factor militating in favour of the standard of reasonableness. Indeed, deference is a manifestation of the respect due to Elders in most Indigenous societies.

[27] I wish to make clear that these justifications for deference apply with equal force when the question at issue involves the interpretation of written Indigenous law. In several recent cases, the Supreme Court of Canada has established a presumption that reasonableness is the standard of review where a decision maker is interpreting his or her “home statute” (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 21). In this case, the Election Regulations are the Board’s “home statute”. The presumption in favour of reasonableness is rebutted only in exceptional circumstances. No such circumstances exist in this case. It cannot be said that the interpretation of the Election Regulations is a question of importance for the Canadian legal system as a whole.

[28] One particular aspect of deference must be emphasized. When deciding whether Indigenous decision makers have made an unreasonable decision, reviewing courts should read their reasons generously, supplementing any apparent omission by looking to the record (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 [*Newfoundland Nurses*], at paragraph 16). Judicial review is not a “line-by-line treasure hunt for error” (*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at paragraph 54).

[29] For those reasons, I conclude that the Board’s decision must be reviewed according to a standard of reasonableness.

*Peuples autochtones*, vol. 4 « *Perspectives et réalités* », Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996), à la page 160.)

[26] Lorsque le pouvoir de rendre une décision est confié aux Aînés, c’est là un facteur additionnel militant en faveur de la norme de la décision raisonnable. En fait, la déférence est une manifestation du respect dû aux Aînés dans la plupart des sociétés autochtones.

[27] Je tiens à souligner que ces justifications de la déférence sont tout aussi pertinentes lorsque la question en litige met en jeu l’interprétation de lois autochtones écrites. Dans plusieurs arrêts récents, la Cour suprême du Canada a établi une présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle lorsqu’un décideur interprète sa propre « loi constitutive » (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 21). En l’espèce, le Règlement électoral est la « loi constitutive » du Comité. La présomption en faveur de la norme de la décision raisonnable n’est réfutée que dans des circonstances exceptionnelles. Aucune circonstance de ce type n’existe en l’espèce. On ne saurait affirmer que l’interprétation du Règlement électoral est une question d’importance pour le système juridique canadien dans son ensemble.

[28] Une dimension particulière de la déférence doit être soulignée. Les cours de révision qui cherchent à savoir si la décision d’un décideur autochtone était déraisonnable devraient lire ses motifs avec bienveillance et compléter toute omission apparente en examinant le dossier (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 [*Newfoundland Nurses*], au paragraphe 16). Un contrôle judiciaire n’est pas une « chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d’une erreur » (*Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, au paragraphe 54).

[29] Pour ces raisons, je conclus que la décision du Comité doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable.

### III. Analysis of the Board's Decision

[30] With those principles in mind, I now turn to the decision made by the Board to reject Mr. Pastion's appeal. I find this decision to be reasonable. When one reads that decision carefully, it becomes clear that the Board's main ground for rejecting the appeal was that it was too late to challenge Mr. Didzena's eligibility. That is a reasonable interpretation of the Election Regulations.

#### A. *What Did the Board Decide?*

[31] The parties do not agree about what the Board actually decided. Mr. Pastion says that the Board considered that Mr. Didzena was ineligible, but then came to the conclusion that the presence of Mr. Didzena's name on the ballot did not significantly affect the result of the election. The Nation, in contrast, says that the Board merely noted that Mr. Didzena's eligibility had not been challenged according to the procedure set forth in the Election Regulations. The Board's reasoning with respect to whether the result was significantly affected was, therefore, simply an alternative argument that justified the Board's dismissal of Mr. Pastion's appeal.

[32] In my view, the Nation correctly describes the reasoning of the Board. Indeed, this is a case where the teachings of the *Newfoundland Nurses* case are particularly relevant.

[33] To understand the Board's decision, it is useful to refer at the outset to two provisions of the Election Regulations. Subsection 1(6) provides that the Electoral Officer shall post a notice of the elections, a notice of nomination and a list of electors. According to the definitions found in the Election Regulations, an elector or a candidate must be ordinarily resident on one of the Nation's reserves. Subsection 1(6) then goes on:

... Determination will be made by the Council as to the residence of the electors and the candidates prior to the election and the decisions of the Council will be final.

### III. Analyse de la décision du Comité

[30] En ayant ces principes en tête, je me penche maintenant sur la décision du Comité de rejeter l'appel de M. Pastion. J'estime que cette décision était raisonnable. Lorsqu'on lit cette décision attentivement, il devient clair que le principal motif du Comité pour rejeter l'appel était qu'il était trop tard pour contester l'éligibilité de M. Didzena. Il s'agit là d'une interprétation raisonnable du Règlement électoral.

#### A. *Quelle a été la décision du Comité?*

[31] Les parties ne s'entendent pas sur la teneur de la décision du Comité. M. Pastion affirme que le Comité a estimé que M. Didzena était inéligible, mais qu'il est arrivé à la conclusion que la présence du nom de M. Didzena sur le bulletin de vote n'avait pas eu d'incidence significative sur le résultat de l'élection. En revanche, la Première nation affirme que le Comité a simplement souligné que l'éligibilité de M. Didzena n'avait pas été contestée selon la procédure établie dans le Règlement électoral. Par conséquent, le raisonnement du Comité concernant la question de savoir si le résultat de l'élection avait pu être influencé de manière importante n'était qu'un argument subsidiaire qui justifiait le rejet par le Comité de l'appel de M. Pastion.

[32] À mon avis, la Première nation explique correctement le raisonnement du Comité. En fait, il s'agit d'une affaire où les enseignements de l'arrêt *Newfoundland Nurses* sont particulièrement pertinents.

[33] Pour comprendre la décision du Comité, il est utile de faire référence au départ à deux dispositions du Règlement électoral. Le paragraphe 1(6) prescrit que le président d'élection doit afficher un avis d'élections, un avis de mise en candidature et une liste des électeurs. Selon les définitions données dans le Règlement électoral, un électeur ou un candidat doit résider ordinairement dans l'une des réserves de la Première nation. Le paragraphe 1(6) prescrit ensuite ceci :

[TRADUCTION] [...] Le Conseil déterminera le lieu de résidence des électeurs et des candidats avant l'élection, et les décisions du Conseil seront définitives. Cette

This determination will take the form of the Council's approval of the eligible electors list.

[34] In addition, subsection 1(8) sets forth a procedure for challenging decisions made at nomination meetings:

Anyone wishing to appeal the procedures affecting the outcome of the nomination process shall do so in writing to the electoral officer. Such an appeal will be considered if received immediately after the nomination meeting date and responded to prior to the ensuing scheduled election.

[35] Bearing these provisions in mind, we may now turn to the relevant portion of the Board's decision concerning Mr. Didzena's eligibility, which reads as follows:

The Applicant stated in his Affidavit an Elector questioned Mr. Didzena on his place of residence on October 12, Chateh's Chief Candidates Forum of his residency and was not eligible to be a candidate for the position of Chief. The Applicant and others present heard the Elector's concerns yet omitted to do anything about it, nor did any other Candidate or Nation Member take steps to address this concern.

[36] The Board then quoted subsection 1(8) of the Election Regulations and concluded: "The Appeal Board agreed the ineligibility of Mr. Didzena was made public at all three community forums".

[37] It is obvious that the gist of the Board's decision is that any challenge to Mr. Didzena's compliance with the residency requirement should have been the subject of an immediate nomination appeal, pursuant to subsection 1(8) of the Election Regulations. In this context, the Board's emphasis on the fact that the allegations regarding Mr. Didzena's residence were widely publicized shows that the Board was of the view that by not objecting immediately, members of the Nation consented to Mr. Didzena's nomination or waived any possibility of challenging it.

détermination se fera au moyen de l'approbation par le Conseil de liste des électeurs éligibles.

[34] De plus, le paragraphe 1(8) énonce une procédure pour contester les décisions rendues lors des assemblées de mise en candidature :

[TRADUCTION] Toute personne qui souhaite faire appel des procédures influant sur le résultat du processus de mise en candidature doit s'adresser par écrit au président d'élection. Un tel appel sera examiné s'il est reçu immédiatement après la date de l'assemblée de mise en candidature et une réponse sera donnée avant l'élection prévue.

[35] Ayant ces dispositions à l'esprit, nous pouvons maintenant nous pencher sur la partie pertinente de la décision du Comité concernant l'éligibilité de M. Didzena, qui se lit comme suit :

[TRADUCTION] Le demandeur a affirmé dans son affidavit que le 12 octobre, lors de l'assemblée de mise en candidature au poste de chef tenue à Chateh, un électeur a questionné M. Didzena concernant son lieu de résidence, et indiqué qu'il ne pouvait pas être candidat au poste de chef. Le demandeur et d'autres personnes présentes ont entendu les doléances de l'électeur, mais personne n'a fait quoi que ce soit à ce sujet, et aucun des autres candidats ou des membres de la Première nation n'a pris de mesure pour régler la question.

[36] Le Comité a ensuite cité le paragraphe 1(8) du Règlement électoral et a conclu ce qui suit : [TRADUCTION] « Le Comité d'appel convient que l'inéligibilité de M. Didzena a été rendue publique lors des trois assemblées communautaires ».

[37] Il est évident que le cœur de la décision du Comité est que toute contestation portant sur le respect par M. Didzena de l'obligation de résidence aurait dû faire l'objet d'un appel immédiat concernant la candidature, conformément au paragraphe 1(8) du Règlement électoral. Dans ce contexte, le fait que le Comité ait souligné que les allégations concernant le lieu de résidence de M. Didzena ont été largement rendues publiques montre que le Comité était d'avis qu'en ne s'y opposant pas immédiatement, les membres de la Première nation avaient consenti à la candidature de M. Didzena ou renoncé à toute possibilité de la contester.

[38] The Board's decision is relatively brief and is perhaps not couched in the clearest of terms. In this regard, the phrase "the ineligibility of Mr. Didzena" must be understood as a reference to "allegations regarding the ineligibility of Mr. Didzena".

[39] Thus, the main reason behind the decision of the Board is that any challenge to Mr. Didzena's eligibility had to be brought under subsection 1(8). This not having been done, such a challenge is now foreclosed.

#### B. *No Infraction*

[40] This brings me to the crucial issue: is the Board's conclusion that there was "no infraction" to the Elections Regulations reasonable?

[41] I must not approach that issue by setting out my own answer to the question and measuring the Board's decision by that standard. Rather, I must look at the Board's decision in a generous spirit and ask myself whether that decision is justifiable.

[42] In performing that analysis, I must bear in mind that the Board has first-hand knowledge of the way in which the Nation has conducted elections. I must also recognize that it is common for First Nations election laws to provide for a formal nomination meeting.

[43] Thus, it was reasonable for the Board to decide that a challenge to the nomination process had to be brought immediately after the nomination meeting and not after the election. This is precisely what is contemplated by subsection 1(8) of the Election Regulations.

[44] This makes even more sense in cases where the challenge is based on the residency requirement. As we saw above, the definitions section of the Election Regulations provides that determinations regarding the residency requirement are made by the Nation's Council and that those determinations are final. No one has alleged that Mr. Didzena's name was not on the list of

[38] La décision du Comité est relativement brève et n'est peut-être pas exprimée de la façon la plus claire possible. À cet égard, l'expression [TRADUCTION] « l'inéligibilité de M. Didzena » signifie indubitablement « les allégations concernant l'inéligibilité de M. Didzena ».

[39] Ainsi, la principale raison motivant la décision du Comité est qu'il aurait fallu présenter toute contestation portant sur l'éligibilité de M. Didzena conformément au paragraphe 1(8). Cela n'ayant pas été fait, une telle contestation est maintenant exclue.

#### B. *Absence d'infraction*

[40] Cela m'amène à la question cruciale : était-il raisonnable pour le Comité de conclure qu'il n'y avait eu [TRADUCTION] « aucune infraction » au Règlement électoral?

[41] Je ne dois pas entreprendre cette analyse en donnant ma propre réponse à la question et en comparant la décision du Comité à celle-ci. Je dois plutôt examiner la décision du Comité avec bienveillance, et me demander si cette décision était justifiée.

[42] Dans mon analyse, je dois garder à l'esprit que le Comité a une connaissance directe de la façon dont la Première nation a mené ses élections jusqu'à présent. Je dois également reconnaître que les lois électorales des Premières nations prévoient souvent une assemblée officielle de mise en candidature.

[43] Ainsi, il était raisonnable pour le Comité de conclure que toute contestation au sujet du processus de mise en candidature aurait dû être présentée immédiatement après l'assemblée de mise en candidature et non après l'élection. C'est précisément ce que prévoit le paragraphe 1(8) du Règlement électoral.

[44] Cela est encore plus logique lorsque la contestation repose sur l'obligation de résidence. Comme nous l'avons vu précédemment, il est indiqué dans la section des définitions du Règlement que toute décision concernant l'obligation de résidence est prise par le Conseil de la Première nation, et que ces décisions sont définitives. Personne n'a prétendu que le nom de

electors approved by Council and was therefore not eligible to run. I note, in this regard, that Mr. Pastion was Chief, and thus a member of Council, when the Council was supposed to approve the list of electors.

[45] One could object that paragraph 8(5)(b) of the Election Regulations expressly provides that the fact that “a candidate who ran in the election was ineligible” is a ground for appealing the results. One could argue that the Board’s interpretation of the Election Regulations deprives paragraph 8(5)(b) of any effect, which is contrary to the canons of interpretation. However, that does not make the Board’s decision unreasonable. Where two interpretations of a written law are possible, choosing one over the other is not unreasonable.

[46] I would also add that such an argument assumes a degree of coherence and internal logic that is, regrettably, not always present in First Nations election laws. Nevertheless, this Court should be mindful that reasonableness remains the standard of review and resist the temptation of imposing its own interpretation of the Election Regulations. When there is an apparent inconsistency, an Indigenous decision maker such as the Board is in a better position than this Court to understand the purpose and logic of the Indigenous law in question and to select an interpretation that will be found legitimate by the members of the community involved.

### C. *Magic Number*

[47] Given the foregoing conclusion, it is not strictly necessary for me to decide whether the Board’s alternative ground for dismissing Mr. Pastion’s appeal was reasonable. Nevertheless, both counsel suggested that some guidance from the Court would be useful. I therefore propose to describe the opposing theses and to provide my assessment of the Board’s reasons in this regard. For the purposes of this discussion, I will assume what I have just rejected, namely, that Mr. Didzena was

M. Didzena n’apparaissait pas sur la liste des électeurs approuvée par le Conseil et que ce dernier ne pouvait donc pas se présenter aux élections. Je souligne, à cet égard, que M. Pastion était chef, et donc membre du Conseil, au moment où le Conseil était censé approuver la liste des électeurs.

[45] En sens contraire, on pourrait dire que l’alinéa 8(5)b) du Règlement électoral énonce expressément que le fait qu’un [TRADUCTION] « candidat s’étant présenté à l’élection était inéligible » constitue un motif pour faire appel des résultats. On pourrait avancer que l’interprétation faite par le Comité du Règlement électoral prive l’alinéa 8(5)b) de tout effet, ce qui est contraire aux principes d’interprétation. Toutefois, cela ne rend pas la décision du Comité déraisonnable. Lorsque deux interprétations d’une loi écrite sont possibles, il n’est pas déraisonnable de choisir une interprétation aux dépens de l’autre.

[46] J’ajouterais également qu’un tel argument suppose un degré de cohérence et de logique interne qui n’est, malheureusement, pas toujours présent dans les lois électORALES des Premières nations. Néanmoins, la Cour ne doit pas oublier que la norme de la décision raisonnable demeure la norme de contrôle et doit résister à la tentation d’imposer sa propre interprétation du Règlement électoral. Lorsqu’il existe une incohérence apparente, un décideur autochtone comme le Comité est mieux placé que notre Cour pour comprendre l’objectif et l’économie de la loi autochtone en question et choisir une interprétation que les membres de la communauté touchée trouveront légitime.

### C. *Le nombre magique*

[47] Étant donné la conclusion qui précède, il n’est pas strictement nécessaire que je tranche la question de savoir si le motif subsidiaire invoqué par le Comité pour rejeter l’appel de M. Pastion était raisonnable. Néanmoins, les deux avocats ont indiqué que des directives de la Cour pourraient être utiles. Par conséquent, je me propose de décrire les thèses en présence et d’offrir mon évaluation des motifs du Comité à cet égard. Pour cette discussion, je supposerai ce que je viens tout juste

ineligible and that votes cast in his favour constituted an irregularity.

[48] Mr. Pastion's argument is that the Board erred in not applying what is known in Canadian election law as the "magic number" test. This means that when a court has to determine whether irregularities have affected the result of an election, it must focus on the difference between the number of votes in favour of the winner and those of the runner up—this is the "magic number". If the number of votes invalidly rejected or allowed exceeds the "magic number", there is a possibility that the result is affected and the court should normally annul the election. The "magic number" test has been applied by this Court and other courts tasked with reviewing the results of elections in Indigenous communities (see, for example, *Lewis v. Gitxaala Nation*, 2015 FC 204, 476 F.T.R. 63; *Omoth v. Ghostkeeper*, 2005 ABQB 671 (CanLII), 387 A.R. 201; *McNabb v. Cyr*, 2017 SKCA 27 (CanLII)).

[49] In *Opitz v. Wrzesnewskyj*, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76 (*Opitz*), however, the majority of the Supreme Court of Canada cast doubt on the validity of the "magic number" test [at paragraphs 71–73]:

To date, the only approach taken by Canadian courts in assessing contested election applications has been the "magic number" test referred to in *O'Brien* (p. 93). On this test, the election must be annulled if the rejected votes are equal to or outnumber the winner's plurality (*Blanchard*, at p. 320).

The "magic number" test is simple. However, it inherently favours the challenger. It assumes that all of the rejected votes were cast for the successful candidate. In reality, this is highly improbable. However, no alternative test has been developed. No evidence has been presented in this case to support any form of statistical test that would be reliable and that would not compromise the secrecy of the ballot.

Accordingly, for the purposes of this application, we would utilize the magic number test. The election should be annulled when the number of rejected votes is equal to or greater than the successful candidate's margin of victory. However, we do not rule out the possibility that

de rejeter, soit que M. Didzena était inéligible et que les voix en sa faveur constituaient une irrégularité.

[48] L'argument de M. Pastion est que le Comité a commis une erreur en n'appliquant pas ce qu'on appelle dans le droit électoral canadien le critère du « nombre magique ». Ce critère signifie que lorsqu'un tribunal doit décider si des irrégularités ont influé sur le résultat d'une élection, il doit se concentrer sur le nombre de voix séparant le candidat victorieux du candidat arrivé au second rang : c'est ce qu'on appelle le « nombre magique ». Si le nombre de voix rejetées ou acceptées à tort dépasse le « nombre magique », il est possible que le résultat de l'élection ait été influencé et la Cour devrait normalement annuler l'élection. Le critère du « nombre magique » a été appliqué par notre Cour et d'autres tribunaux chargés d'examiner les résultats d'élections dans des communautés autochtones (voir, par exemple, *Lewis c. Nation Gitxaala*, 2015 CF 204; *Omoth v. Ghostkeeper*, 2005 ABQB 671 (CanLII), 387 A.R. 201; *McNabb v. Cyr*, 2017 SKCA 27 (CanLII)).

[49] Toutefois, dans l'arrêt *Opitz c. Wrzesnewskyj*, 2012 CSC 55, [2012] 3 R.C.S. 76 (*Opitz*), la Cour suprême du Canada a soulevé des doutes quant à la validité du critère du « nombre magique » [aux paragraphes 71 à 73] :

Jusqu'à maintenant, les tribunaux ont utilisé exclusivement le critère du « nombre magique » énoncé dans *O'Brien* (p. 93) pour trancher les requêtes en contestation d'élection. Selon ce critère, il faut annuler l'élection si le nombre de votes rejetés égale ou dépasse la majorité du vainqueur (*Blanchard*, p. 320).

Le critère du « nombre magique » est simple. Toutefois, par sa nature, il favorise le requérant. Il suppose que tous les votes rejetés étaient pour le candidat élu, ce qui est en fait très peu probable. Aucun autre critère n'a cependant été élaboré. En l'espèce, on n'a présenté aucun élément de preuve à l'appui d'une quelconque formule statistique qui serait fiable et qui ne compromettrait pas le caractère confidentiel du scrutin.

Nous aurons donc recours au critère du nombre magique pour les besoins de la présente requête. L'élection doit être annulée si le nombre de votes rejetés est égal ou supérieur à la majorité du candidat élu. Par contre, nous n'écartons pas la possibilité qu'un tribunal adopte

another, more realistic method for assessing contested election applications might be adopted by a court in a future case.

[50] The Court in *Opitz* also remarked that the annulment of an election is an extraordinary remedy that disenfranchises, in a sense, the whole population entitled to vote (at paragraph 48). It also said that the system should not be designed so as to encourage post-election litigation (at paragraph 49), which, if too frequent, could erode the public's confidence in the electoral system (at paragraph 2). These comments, made in the context of a federal election, are equally valid in the context of First Nation elections.

[51] American courts have sometimes applied an alternative to the “magic number” test. It is called “proportional deduction”. When a number of votes have been illegally cast, votes are deducted from each candidate in proportion to the overall number of votes received by each candidate in the relevant polling section. Thus, rather than assuming that all invalid votes would have been in favour of the winner, proportional deduction assumes that the distribution of those votes would mirror the actual, observable distribution. Yet, proportional deduction has also been criticized, precisely because its underlying assumption may prove to be invalid in the circumstances of a specific case (Ilana Ludwin, “Electoral Errors in Etobicoke: Issues & Implications” (2013), 7 *J.P.P.L.* 339, at pages 355–356; Steven F. Huefner, “Remedying Election Wrongs” (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 266, at page 282; but see Kevin J. Hickey, “Accuracy Counts: Illegal Votes in Contested Elections and the Case for Complete Proportionate Deduction” (2008), 83 *N.Y.U.L. Rev.* 167).

[52] In the current state of the law, it is difficult to state propositions of general application. The most that can be said is that, in the wake of *Opitz*, the “magic number” test is no longer mandatory. The real question is whether, in the circumstances of the case, the result of the election was significantly affected. In future cases, expert evidence could be adduced to show, on the basis

à l’avenir une méthode plus réaliste pour trancher les requêtes en contestation d’élection.

[50] Dans l’arrêt *Opitz*, la Cour a également mentionné que l’annulation d’une élection est un recours extraordinaire qui prive, dans un sens, l’ensemble de la population de son droit de participer au scrutin (au paragraphe 48). Elle a également indiqué que le système ne devrait pas être conçu de manière à encourager les poursuites après l’élection (au paragraphe 49) et que ces poursuites, si elles étaient trop fréquentes, pourraient affaiblir la confiance du public dans le système électoral (au paragraphe 2). Ces remarques, faites dans le contexte d’une élection fédérale, sont également valides dans le cas d’élections au sein des Premières nations.

[51] Les tribunaux américains ont parfois appliqué une solution de rechange au critère du « nombre magique ». Cette solution est appelée la « déduction proportionnelle ». Lorsque des personnes ont voté illégalement, on déduit du nombre de voix de chaque candidat un nombre proportionnel au nombre total de votes reçus par chaque candidat dans le bureau de vote concerné. Ainsi, plutôt que de supposer que tous les votes non valides auraient été en faveur du vainqueur, la déduction proportionnelle suppose que la répartition de ces votes refléterait la répartition réelle et observable des votes. Pourtant, la déduction proportionnelle a également été critiquée, précisément parce que son hypothèse sous-jacente pourrait se révéler invalide dans certaines circonstances (Ilana Ludwin, « Electoral Errors in Etobicoke : Issues & Implications » (2013), 7 *J.P.P.L.* 339, aux pages 355 et 356; Steven F. Huefner, « Remedying Election Wrongs » (2007), 44 *Harv. J. on Legis.* 266, à la page 282; voir aussi Kevin J. Hickey, « Accuracy Counts : Illegal Votes in Contested Elections and the Case for Complete Proportionate Deduction » (2008), 83 *N.Y.U.L. Rev.* 167).

[52] Dans l’état actuel du droit, il est difficile de formuler des propositions pouvant s’appliquer de façon générale. Tout ce qu’il est possible de dire, c’est qu’à la suite de l’arrêt *Opitz*, le critère du « nombre magique » n’est plus obligatoire. La vraie question est de savoir si, dans les circonstances de l’espèce, les irrégularités ont influé de manière significative sur le résultat de

of reasonable assumptions, the statistical probability of a different outcome.

[53] A number of features of this case render it somewhat atypical, making my task somewhat easier. First, this is not a case, like *Opitz*, where it is alleged that votes were illegally cast. In those cases, given the secrecy of the ballot, we do not know for which candidate these illegal votes were cast. In this case, in contrast, we know that the problematic votes were in favour of Mr. Didzena. Instead of deducting these votes from the winner, the Court is invited to allocate them to the runner-up. Second, most election cases, and the debate between the “magic number” test and proportional deduction, appear to be based on the assumption that the overwhelming majority of votes are concentrated on two, or perhaps three main candidates. In this case, there were eight candidates who received a number of votes within the same order of magnitude. Obviously, the probability that the result is affected is much smaller when votes are spread over a larger number of candidates. Lastly, contrary to cases such as *Opitz*, this Court is sitting in judicial review and not on appeal. Deference is due to the Board.

[54] I can now turn to the Board’s reasons, which read, in their relevant part:

In addition, the votes received by Fred Didzena were 44 in total, but after careful review the Appeal Board cannot determine with certainty on how and where these votes would have been allocated by the other candidates and such would not have played a significant role as to the outcome of the election.

[55] These reasons must be assessed globally, bearing in mind the reasons for deference towards Indigenous decision makers. The Board was composed of three Elders of the Dene Tha’ First Nation. They must have intimate knowledge of the political situation of the Nation. They must know the candidates, their programs and the

l’élection. À l’avenir, le témoignage d’un expert pourrait être présenté pour montrer, en fonction d’hypothèses raisonnables, la probabilité statistique d’un résultat différent.

[53] Certaines caractéristiques de la présente affaire la rendent légèrement atypique et me facilitent quelque peu la tâche. D’abord, il ne s’agit pas d’une affaire, comme dans l’arrêt *Opitz*, où il est allégué que des personnes ont illégalement voté. Dans ces affaires, étant donné le caractère secret du scrutin, nous ne savons pas pour quel candidat ces votes illégaux ont été enregistrés. Par contre, en l’espèce, nous savons que les votes qui posent problème sont ceux inscrits en faveur de M. Didzena. Au lieu de déduire ces votes de ceux du vainqueur, la Cour est invitée à les allouer au candidat arrivé au second rang. Ensuite, la plupart des affaires touchant des élections, ainsi que la distinction entre le critère du « nombre magique » et la déduction proportionnelle, semblent reposer sur l’hypothèse que la grande majorité des votes sont concentrés sur deux, ou peut-être trois candidats principaux. En l’espèce, huit candidats avaient reçu un nombre de voix dans le même ordre de grandeur. De toute évidence, la probabilité d’une incidence sur le résultat est beaucoup plus faible lorsque les voix sont réparties sur un grand nombre de candidats. Enfin, contrairement à des affaires comme l’arrêt *Opitz*, la Cour siège en contrôle judiciaire et non en appel. Il faut faire preuve de déférence à l’égard du Comité.

[54] Je peux maintenant me pencher sur les motifs du Comité qui, dans leur partie pertinente, se lisent comme suit :

[TRADUCTION] En outre, Fred Didzena a obtenu un total de 44 voix, mais après un examen attentif, le Comité d’appel ne peut déterminer avec certitude comment ces voix auraient été réparties entre les autres candidats, et cela n’aurait pas influé de façon significative sur le résultat de l’élection.

[55] Ces motifs doivent être évalués globalement, en gardant à l’esprit les raisons pour lesquelles les décideurs autochtones méritent une certaine déférence. Le Comité était composé de trois Aînés de la Première nation Dene Tha’. Ils ont certainement une connaissance intime de la situation politique de la Première nation. Ils

sources of their support among the Nation. For the result of the election to be affected, Mr. Pastion must have been the second choice of at least 30 of the 44 electors who voted for Mr. Didzena. The three Elders who composed the Board are in an infinitely better position than this Court to determine if there was any likelihood of this happening. Their decision should be respected.

[56] The Board's statement that it "cannot determine with certainty" who was the second choice of the electors who voted for Mr. Didzena may, if taken in isolation, suggest that the Board applied the wrong test, because an applicant need not bring conclusive evidence that electors would have voted in his or her favour. However, this would be precisely the kind of line-by-line scrutiny proscribed by *Newfoundland Nurses*. Reading the reasons as a whole, I am convinced that the Board understood what it had to decide, namely, in its own words, whether the incident "played a significant role as to the outcome of the election".

[57] The Board did not explain why it made that decision, apart from saying that it was reached after "careful review". Nevertheless, even in the absence of statistical evidence, the facts of the case are such that the conclusion of the Board is "within a range of possible, acceptable outcomes" (*Dunsmuir*, at paragraph 47). There were eight candidates who received between 27 and 158 votes, with a total of 693 votes cast. Mr. Pastion received 19 percent of the votes. To change the result of the election, at least 30 of the 44 electors who voted for Mr. Didzena needed to vote for Mr. Pastion, which would represent 68 percent of those electors. It is highly unlikely that those who voted for Mr. Didzena would have concentrated their votes so strongly on Mr. Pastion. Hence, the Board's decision was within the range of reasonable outcomes.

#### IV. Conclusion

[58] The Board's decision, when read globally and fairly, was that it was too late to challenge Mr. Didzena's eligibility. It also provided an alternative reason for

connaissent sûrement les candidats, leurs programmes et les sources de leurs appuis parmi les membres de la Première nation. Pour changer l'issue de l'élection, M. Pastion aurait dû être le second choix d'au moins 30 des 44 électeurs qui ont voté pour M. Didzena. Les trois Aînés qui composaient le Comité sont infiniment mieux placés que notre Cour pour décider s'il y avait quelque possibilité que cela se produise. Leur décision devrait être respectée.

[56] L'affirmation du Comité, selon laquelle il [TRADUCTION] « ne peut déterminer avec certitude » quel était le second choix des électeurs qui ont voté pour M. Didzena, peut laisser croire, si elle est prise isolément, que le Comité a appliqué le mauvais critère, parce qu'un demandeur n'a pas à fournir de preuve concluante que les électeurs auraient voté en sa faveur. Toutefois, il s'agirait là précisément du type d'examen pointilleux que proscrit l'arrêt *Newfoundland Nurses*. La lecture des motifs dans leur ensemble me convainc que le Comité a compris quelle était la question à trancher, à savoir, selon ses propres mots, si l'incident avait [TRADUCTION] « joué un rôle significatif sur le résultat de l'élection ».

[57] Le Comité n'a pas expliqué pourquoi il avait rendu cette décision, sauf pour dire qu'il en était venu à cette conclusion après un [TRADUCTION] « examen attentif ». Néanmoins, même en l'absence d'une preuve statistique, les faits de l'espèce sont tels que la conclusion du Comité appartient « aux issues possibles acceptables » (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Il y avait huit candidats qui ont remporté entre 27 et 158 voix, pour un total de 693 suffrages exprimés. M. Pastion a reçu 19 p. 100 des voix. Pour changer l'issue de l'élection, il aurait fallu qu'au moins 30 des 44 électeurs qui ont voté pour M. Didzena votent pour M. Pastion, ce qui aurait représenté 68 p. 100 de ces électeurs. Il est très peu probable que ceux qui ont voté pour M. Didzena auraient voté si fortement pour M. Pastion. Ainsi, la décision du Comité appartient aux issues raisonnables.

#### IV. Conclusion

[58] La décision du Comité, lorsque lue globalement et objectivement, était qu'il était trop tard pour contester l'éligibilité de M. Didzena. Le Comité a également

rejecting the appeal, which is that even if there was an infraction, it did not significantly affect the results of the election. That decision was reasonable. Hence, the application for judicial review will be dismissed.

JUDGMENT IN T-1808-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application for judicial review is dismissed with costs.

fourni un autre motif pour rejeter l'appel, à savoir que même s'il y a eu infraction, elle n'a pas influé de manière significative sur les résultats de l'élection. La décision était raisonnable. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

JUGEMENT DANS LE DOSSIER T-1808-17

LA COUR rejette la demande de contrôle judiciaire avec dépens.