

Her Majesty The Queen as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs Canada and the Attorney General of Canada *Appellant*

and

Batchewana Indian Band *Appellant*

v.

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

and

Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Congress of Aboriginal Peoples, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Native Women's Association of Canada and United Native Nations Society of British Columbia *Intervenors*

INDEXED AS: CORBIERE v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS)

File No.: 25708.

1998: October 13; 1999: May 20.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indian bands — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members “ordinarily resident on the reserve” entitled to vote in band elections — Whether legislation infringes s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of

Sa Majesté la Reine représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le procureur général du Canada *Appelante*

et

La bande indienne de Batchewana *Appelante*

c.

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

et

Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Congrès des peuples autochtones, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Association des femmes autochtones du Canada et United Native Nations Society of British Columbia *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CORBIERE c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)

N° du greffe: 25708.

1998: 13 octobre; 1999: 20 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Bandes indiennes — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative porte-t-elle atteinte aux droits garantis par l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article

Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Indian Act voter eligibility provisions violating Charter equality rights — Whether declaration of invalidity and suspension of effect of declaration appropriate remedy — Whether Indian band which brought Charter challenge should be exempted from suspension of effect of declaration.

Indians — Elections of chiefs and band councils — Voting restrictions — Legislation providing that only band members “ordinarily resident on the reserve” entitled to vote in band elections — Whether legislation violating Charter equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 77(1).

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Constitutional questions — Court’s jurisdiction to restate constitutional questions or make declaration of invalidity broader than that contained within questions.

The respondents, on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the Batchewana Indian Band, sought a declaration that s. 77(1) of the *Indian Act*, which requires that band members be “ordinarily resident” on the reserve in order to vote in band elections, violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Fewer than one third of the registered members of the band lived on the reserve. The Federal Court, Trial Division found that as it related to the disposition of reserve lands or Indian monies held for the band as a whole, s. 77(1) infringed the rights guaranteed by s. 15(1) and that the infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. The court granted a declaration of invalidity of s. 77(1) in its entirety and suspended the declaration for a period of 10 months. The court noted that the declaration was confined to the Batchewana Band because the pleadings and the evidence related only to that band. The Federal Court of Appeal affirmed the judgment but modified the remedy granted at trial. The court determined that the appropriate remedy was a constitutional exemption because other bands might be able to demonstrate an Aboriginal right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to exclude non-residents from voting. The court declared

premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Droits à l’égalité garantis par la Charte violés par les dispositions de la Loi sur les Indiens relatives à l’admissibilité à voter — La déclaration d’invalidité et la suspension de la prise d’effet de cette déclaration sont-elles la réparation qui convient? — La bande indienne qui a présenté la contestation fondée sur la Charte devrait-elle être exemptée de la suspension de la prise d’effet de la déclaration?

Indiens — Élections des chefs et des conseils de bandes — Restrictions du droit de vote — Disposition législative indiquant que seuls les membres de la bande qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve» ont qualité pour voter aux élections de la bande — Cette disposition législative viole-t-elle les droits à l’égalité garantis par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — Questions constitutionnelles — Pouvoir de la Cour de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d’invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions.

Les intimés, en leur nom personnel et au nom de tous les membres non résidents de la bande indienne de Batchewana, ont sollicité un jugement déclaratoire portant que le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* — qui exige que les membres d’une bande «réside[nt] ordinairement» dans une réserve pour être habiles à voter à l’élection du conseil de la bande — contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Moins du tiers des membres inscrits de la bande vivaient dans les réserves. La Section de première instance de la Cour fédérale a conclu que, dans la mesure où il concerne la façon de disposer des terres de la réserve ou de sommes d’argent des Indiens détenues au profit de l’ensemble de la bande, le par. 77(1) violait les droits garantis par le par. 15(1) et que cette violation n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Le tribunal a déclaré le par. 77(1) invalide en totalité et a suspendu la prise d’effet de cette déclaration pour une période de 10 mois. Le tribunal a souligné que le jugement déclaratoire ne s’appliquait qu’à la bande de Batchewana, étant donné que les actes de procédure et les éléments de preuve présentés ne se rapportaient qu’à cette dernière. La Cour d’appel fédérale a confirmé le jugement, mais a modifié la réparation accordée en

that the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) contravened s. 15(1) of the *Charter* only in relation to the Batchewana Band. The declaration of invalidity was not suspended.

Held: The appeal should be dismissed but the remedy designed by the Court of Appeal should be modified.

Before any question of constitutional exemption is considered, the legislation in its general application should be examined. In this case, because the general issues were addressed in the plaintiffs’ statement of claim, and were argued before this Court and the Federal Court of Appeal, such an analysis will not take any parties by surprise. The constitutional questions, as formulated, address only the situation of the members of the Batchewana Band. The Court’s jurisdiction to restate constitutional questions, or make a declaration of invalidity broader than that contained within them is appropriately exercised when, as in this case, doing so does not, in substance, deprive attorneys general of their right to notice of the fact that a given legislative provision is at issue in this Court, or deprive those who have a stake in the outcome of the opportunity to argue the substantive issues relating to this question.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Major and Bastarache JJ.: The test applicable to a s. 15(1) analysis has been described in *Law*. The first step is to determine whether the impugned law makes a distinction that denies equal benefit or imposes an unequal burden. The s. 77(1)’s exclusion of off-reserve band members from voting privileges on band governance satisfies this requirement. The second step is to determine whether the distinction is discriminatory. It is the first inquiry under this step that poses a problem, i.e. that of establishing whether the distinction is made on the basis of an enumerated ground or a ground analogous to it. The answer to this question will be found in considering the general purpose of s. 15(1) to prevent the violation of human dignity through the imposition of disadvantage based on stereotyping and social prejudice, and to promote a society where all persons are considered worthy

première instance. Elle a statué que la réparation convenable était une exemption constitutionnelle, puisqu’il était possible que d’autres bandes soient en mesure d’établir l’existence d’un droit ancestral visé à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* leur permettant d’interdire aux membres non résidents de voter. La cour a déclaré que les mots «et réside ordinairement sur la réserve» au par. 77(1) contreviennent au par. 15(1) de la *Charte* uniquement en ce qui concerne la bande de Batchewana. La prise d’effet de la déclaration d’invalidité n’a pas été suspendue.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté, mais la réparation fixée par la Cour d’appel est modifiée.

Avant d’amorcer l’analyse de la question de l’exemption constitutionnelle, il faut examiner l’application générale de la disposition législative. Dans la présente affaire, étant donné que les questions générales ont été abordées dans la déclaration des appelants et plaidées devant notre Cour et devant la Cour d’appel fédérale, les parties ne sont pas prises au dépourvu par une telle analyse. Les questions constitutionnelles, telles qu’elles ont été formulées, ne visent que la situation des membres de la bande de Batchewana. La Cour exerce de façon appropriée son pouvoir de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d’invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions lorsque, comme dans la présente affaire, l’exercice de ce pouvoir ne prive pas les procureurs généraux de leur droit d’être avisés du fait que la constitutionnalité d’une disposition législative donnée est contestée devant notre Cour, et ne prive pas ceux qui sont concernés par l’issue du litige de la possibilité de se faire entendre sur les questions de fond se rapportant à cette question.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Major et Bastarache: Le critère applicable pour l’analyse fondée sur le par. 15(1) a été décrit dans *Law*. La première étape consiste à déterminer si le texte de loi contesté établit une distinction qui dénie l’égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal. Le fait que le par. 77(1) dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l’égard de l’administration de leur bande respective respecte cette exigence. La deuxième étape consiste à déterminer si la distinction est discriminatoire. C’est la première question de cette étape qui pose problème, c.-à-d. celle de savoir si la distinction contestée est fondée sur un motif énuméré ou un motif analogue. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l’objectif général du par. 15(1), qui est, d’une part, d’empêcher que l’on porte atteinte à la dignité humaine en imposant à des

of respect and consideration. The enumerated and analogous grounds stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination. These markers of discrimination do not change from case to case, depending on the government action challenged. What varies is whether the enumerated and analogous grounds amount to discrimination in the particular circumstances of the case. Once a distinction on an enumerated or analogous ground is established, the contextual and fact-specific inquiry proceeds to whether the distinction amounts to discrimination in the context of the particular case. To identify a ground of distinction as analogous, one must look for grounds of distinction that are like the grounds enumerated in s. 15. These grounds have in common the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. This suggests that the thrust of identification of analogous grounds at the second step of the analysis is to reveal grounds based on characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law. The conflation of the inquiry into the basis of the distinction and the inquiry into whether, on the facts of the case, that distinction affronts s. 15 is to be avoided.

In this case, the exclusion of off-reserve members of an Indian band from the right to vote in band elections, pursuant to s. 77(1) of the *Indian Act*, is inconsistent with s. 15 of the *Charter*. Section 77(1) excludes off-reserve band members from voting privileges on band governance, and this exclusion is based on Aboriginality-residence (off-reserve band member status). “Aboriginality-residence” as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is a ground analogous to those enumerated in s. 15. The distinction goes to a personal characteristic essential to a band member’s personal identity. Off-reserve Aboriginal band members can change their status to on-reserve Aboriginals only at great cost, if at all. The situation of off-reserve Aboriginal band members is therefore unique and immutable. Lastly, when the relevant *Law* factors are applied, the impugned distinction amounts to

individus un désavantage fondé sur des stéréotypes et des préjugés sociaux, et, d’autre part, de contribuer à l’établissement d’une société où tous les individus sont jugés dignes de respect et de considération. Les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. Ces indicateurs de discrimination ne varient pas d’une affaire à l’autre, selon la mesure gouvernementale qui est contestée. La variable est la réponse à la question de savoir si les motifs énumérés et les motifs analogues sont source de discrimination dans les circonstances particulières d’une affaire donnée. Une fois établie la présence d’une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le tribunal amorçe l’examen du contexte et des faits propres à l’affaire dont il est saisi pour déterminer si la distinction constitue de la discrimination dans ce cas particulier. Pour qualifier d’analogue un motif de distinction, il faut chercher des motifs de distinction semblables aux motifs énumérés à l’art. 15. Le point commun entre ces motifs est le fait qu’ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l’individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle. Ce fait tend à indiquer que l’objet de l’identification de motifs analogues à la deuxième étape de l’analyse est de découvrir des motifs fondés sur des caractéristiques qu’il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s’attendre que nous changions pour avoir droit à l’égalité de traitement garantie par la loi. Il faut éviter de fusionner l’analyse du fondement de la distinction et celle de la question de savoir si, à la lumière des faits de l’affaire, cette distinction contrevient à l’art. 15.

Dans la présente affaire, le fait de dénier aux membres des bandes indiennes résidant hors des réserves le droit de voter aux élections des bandes conformément au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est incompatible avec l’art. 15 de la *Charte*. Le paragraphe 77(1) dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l’égard de l’administration de leur bande respective, pour le motif fondé sur l’autochtonité-lieu de résidence (la qualité de membre hors réserve d’une bande indienne). Le facteur de l’«autochtonité-lieu de résidence» constitue un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15 lorsqu’il se rapporte à la question de savoir si un membre d’une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci. La distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l’identité personnelle des membres des bandes indiennes. Les membres hors réserve d’une

discrimination. Off-reserve band members have important interests in band governance. By denying them the right to vote and participate in their band's governance, s. 77(1) perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members. The complete denial of that right treats them as less worthy and entitled, not on the merits of their situation, but simply because they live off the reserve. Section 77(1) reaches the cultural identity of off-reserve Aboriginals in a stereotypical way. This engages the dignity aspect of the s. 15 analysis and results in the denial of substantive equality. The conclusion that discrimination exists at the third step of the *Law* test does not depend on the composition of the off-reserve band members group, its relative homogeneity or the particular historical discrimination it may have suffered. It is the present situation of the group relative to that of the comparator group, on-reserve band members, that is relevant.

No case has been made for the application of s. 25 of the *Charter*. Furthermore, the infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. While the restriction on voting in s. 77(1) is rationally connected to the aim of the legislation, which is to give a voice in the affairs of the reserve only to the persons most directly affected by the decisions of the band council, s. 77(1) does not minimally impair the s. 15 rights. Even if it is accepted that some distinction may be justified in order to protect legitimate interests of band members living on the reserve, it has not been demonstrated that a complete denial of the right of band members living off-reserve to participate in the affairs of the band through the democratic process of elections is necessary. As an appropriate remedy, the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) of the *Indian Act* are declared to be inconsistent with s. 15(1) of the *Charter* but the implementation of the declaration of invalidity is suspended for 18 months. No constitutional exemption is granted to the Batchewana Band during the period of suspension because, in the particular circumstances of this case, it would appear to be preferable to develop an electoral

bande autochtone ne peuvent devenir des membres habitant la réserve qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent. La situation des membres hors réserve d'une bande autochtone est, en conséquence, unique et immuable. En dernier lieu, lorsqu'on applique les facteurs pertinents énoncés dans *Law*, la distinction reprochée constitue de la discrimination. Les membres hors réserve d'une bande autochtone ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l'administration de la bande. En les privant de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande, le par. 77(1) perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes. La privation complète de ce droit a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve. Le paragraphe 77(1) touche à l'identité culturelle des Autochtones hors réserve par l'effet de stéréotypes. Cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'art. 15 et entraîne le déni du droit à l'égalité réelle. À la troisième étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Law*, la conclusion qu'il y a discrimination ne dépend pas de la composition du groupe des membres hors réserve des bandes indiennes, de sa relative homogénéité ou de la discrimination particulière dont il a pu faire l'objet dans le passé. C'est la situation actuelle du groupe par rapport à celle du groupe témoin qui est pertinente.

On n'a pas démontré l'application de l'art. 25 de la *Charte*. En outre, l'atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Bien que la restriction du droit de vote prévue au par. 77(1) ait un lien rationnel avec l'objectif de la loi, qui est de donner voix au chapitre, en ce qui concerne les affaires de la réserve, seulement aux personnes les plus directement touchées par les décisions du conseil de la bande, le par. 77(1) ne porte pas le moins possible atteinte aux droits garantis par l'art. 15. Même en admettant qu'une certaine distinction puisse être justifiée pour protéger des intérêts légitimes des membres des bandes indiennes qui vivent dans les réserves, il n'a pas été démontré qu'il est nécessaire de nier complètement aux membres hors réserve de ces bandes le droit de participer aux affaires de leur bande respective par le processus démocratique des élections. À titre de réparation convenable, les mots «et réside ordinairement sur la réserve» employés au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* sont déclarés incompatibles avec le par. 15(1) de la *Charte*, mais la prise d'effet de cette déclaration d'invalidité est suspendue pour 18 mois. Aucune exemption constitutionnelle n'est

process that will balance the rights of off-reserve and on-reserve band members.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Binnie JJ.: The framework for a s. 15(1) analysis was set out in *Law*. At all three stages, the focus of the inquiry is purposive and contextual. A court considering a discrimination claim must examine the legislative, historical, and social context of the distinction, the reality and experiences of the individuals affected by it, and the purposes of s. 15(1). In this case, s. 77(1) infringes the right to equality without discrimination of the off-reserve members of bands affected by it.

The first stage of the s. 15(1) inquiry is satisfied. Section 77(1) of the *Indian Act* draws a distinction between band members who live on-reserve and those who live off-reserve, by excluding the latter from the definition of "elector" within the band. This constitutes differential treatment.

The second stage of inquiry is also met. The differential treatment is based on the status of holding membership in an *Indian Act* band, but living off that band's reserve. The fundamental consideration at the second stage, if the ground is not enumerated or already recognized as analogous, is whether recognition of the basis of differential treatment as an analogous ground would further the purposes of s. 15(1). The analysis at the analogous grounds stage involves considering whether differential treatment of those defined by that characteristic or combination of traits has the potential to violate human dignity in the sense underlying s. 15(1). Various contextual factors may demonstrate discriminatory potential. If the indicia of an analogous ground are not present in general, or among a certain group in Canadian society, they may nevertheless be present in another social or legislative context, within a different group in Canadian society, or in a given geographic area. The second stage must be flexible enough to adapt to stereotyping, prejudice, or denials of human dignity and worth that might occur in specific ways for specific groups of people, to recognize that personal characteristics may overlap or intersect, and to reflect changing

accordée à la bande de Batchewana pendant la durée de la suspension de la prise d'effet, parce que, eu égard aux circonstances particulières du présent cas, il semble préférable d'élaborer un système électoral qui mettra en équilibre les droits des membres vivant hors des réserves et ceux des membres qui y résident.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Binnie: Le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1) a été élaboré dans *Law*. À chacune des trois étapes, l'examen est axé sur l'objet et sur le contexte. Le tribunal qui est saisi d'une allégation de discrimination doit examiner le contexte législatif, historique et social de la distinction en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette distinction, ainsi que les objets du par. 15(1). Dans la présente affaire, le par. 77(1) porte atteinte au droit à l'égalité, sans discrimination, des membres hors réserve des bandes visées par cette disposition.

La première étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1) est franchie. Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* établit une distinction entre les membres des bandes qui vivent dans les réserves et ceux qui vivent en dehors de celles-ci, en excluant ces derniers de la définition d'«électeur» pour les élections de la bande. Cette distinction constitue une différence de traitement.

La deuxième étape de l'analyse est également franchie. La différence de traitement est celle à laquelle sont soumises les personnes qui ont la qualité de membres d'une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, mais qui vivent en dehors de la réserve de cette bande. Si l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif analogue déjà reconnu, la considération fondamentale à la deuxième étape est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15(1). Dans le cadre de l'analyse à l'étape des motifs analogues, il faut se demander si la différence de traitement à laquelle sont soumises les personnes définies par la caractéristique ou combinaison de caractéristiques est susceptible de porter atteinte au droit à la dignité humaine qui sous-tend le par. 15(1). Divers facteurs contextuels sont susceptibles de démontrer l'existence d'une source de discrimination potentielle. Si certains indices de l'existence d'un motif analogue ne sont pas présents de façon générale, au sein d'un certain groupe de la société canadienne, ils peuvent néanmoins l'être dans un contexte social ou législatif différent, à l'intérieur d'un groupe différent de la société canadienne, ou dans une région donnée. La deuxième étape doit être suffisamment souple pour tenir compte des stéréotypes, des préjugés et des dénis de la dignité humaine

social phenomena or new or different forms of stereotyping or prejudice.

Off-reserve band member status should be recognized as an analogous ground. From the perspective of off-reserve band members, the choice of whether to live on- or off-reserve, if it is available to them, is an important one to their identity and personhood, and is therefore fundamental. Also critical is the fact that band members living off-reserve have generally experienced disadvantage and prejudice, and form part of a “discrete and insular minority” defined by race and place of residence. In addition, because of the lack of opportunities and housing on many reserves, and the fact that the *Indian Act*'s rules formerly removed band membership from various categories of band members, residence off the reserve has often been forced upon them, or constitutes a choice made reluctantly or at high personal cost.

At the third stage, the appropriate focus is on how the particular differential treatment impacts upon the people affected by it. The perspective that must be adopted is subjective and objective. All band members affected by this legislation, whether on-reserve or off-reserve, have been affected by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples. When analysing a claim that involves possibly conflicting interests of minority groups, one must be especially sensitive to their realities and experiences, and to their values, history, and identity. Thus, in the case of equality rights affecting Aboriginal people and communities, the legislation in question must be evaluated with special attention to the rights of Aboriginal peoples, the protection of the Aboriginal and treaty rights guaranteed in the Constitution, and with respect for and consideration of the cultural attachment and background of all Aboriginal women and men.

A contextual view of the people affected and the differential treatment in question leads to the conclusion that this legislative distinction conflicts with the

et de l'égalité de valeur des individus dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, ainsi que du fait que des caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser, et pour refléter soit l'évolution des phénomènes sociaux soit l'apparition de nouveaux stéréotypes ou préjugés ou la manifestation, sous des formes différentes, de ceux qui existent déjà.

La qualité de membre hors réserve d'une bande indienne devrait être reconnue comme un motif analogue. Du point de vue des membres hors réserve des bandes indiennes, la décision de vivre dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci, si ce choix leur est ouvert, est importante pour leur identité et leur personnalité et revêt donc un caractère fondamental. Constitue également un facteur crucial, le fait que les membres hors réserve des bandes indiennes ont généralement souffert de désavantages et de préjugés, et qu'ils font partie d'une «minorité discrète et isolée», définie par la race et le lieu de résidence. En outre, en raison du manque de débouchés et de logements qui sévit dans de nombreuses réserves et du fait que, auparavant, la *Loi sur les Indiens* retirait à diverses catégories de membres la qualité de membre d'une bande indienne, les personnes qui vivent à l'extérieur de la réserve n'ont bien souvent pas eu le choix à cet égard ou, si elles l'ont eu, elles n'ont pris leur décision qu'à contrecœur ou qu'à un prix très élevé sur le plan personnel.

À la troisième étape, il convient de mettre l'accent sur l'effet qu'a la différence de traitement particulière sur les personnes touchées. Il faut adopter un point de vue subjectif et objectif. Tous les membres de la bande touchés par cette mesure législative, qu'ils résident ou non dans les réserves, subissent les effets de l'héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones. Dans l'analyse d'une demande mettant en cause des intérêts potentiellement opposés de groupes minoritaires, il faut être particulièrement sensible à leurs réalités et à leurs expériences, ainsi qu'à leurs valeurs, à leur histoire et à leur identité. Ainsi, en ce qui concerne les droits à l'égalité qui touchent les peuples et les communautés autochtones, il faut évaluer la mesure législative contestée en accordant une attention spéciale aux droits des peuples autochtones, à la protection des droits ancestraux ou issus de traités garantis par la Constitution, et en faisant montre de respect et de considération à l'égard de la culture de tous les autochtones — hommes et femmes — et de leur attachement à cette culture.

L'analyse contextuelle des personnes touchées et de la différence de traitement en question amène à conclure que la distinction établie par la loi est incompatible avec

purposes of s. 15(1). Band members living off-reserve form part of a “discrete and insular minority”, defined by both race and residence, which is vulnerable and has at times not been given equal consideration or respect by the government or by others in Canadian and Aboriginal society. They experience stereotyping and disadvantage in particular ways compared to those living on-reserve. Aboriginal women, who can be said to be doubly disadvantaged on the basis of both sex and race, are particularly affected by differential treatment of off-reserve band members.

Second, the differential treatment does not correspond with the needs, characteristics or circumstances of the claimants in a manner which respects and values their dignity and difference. The powers conferred by the *Indian Act* to the band council affect interests and needs that are shared by band members living on and off the reserve.

Third, the interests affected are fundamental, and have important societal significance from the perspective of those affected. The functions and powers of the band council affect their financial interests, the ability to return and live on the reserve, services that may be important to them, and their cultural interests. The interests affected are also significant because of the ways in which, in the past, ties between band members and the band or reserve have been involuntarily or reluctantly severed. Those affected or their parents may have left the reserve for many reasons that do not signal a lack of interest in the reserve given historical circumstances such as an often inadequate land base, a serious lack of economic opportunities and housing, and the operation of past Indian status and band membership rules imposed by Parliament. This history helps show why the interest in feeling and maintaining a sense of belonging to the band free from barriers imposed by Parliament is an important one for all band members, especially for those who are now living away from the reserve, in part, because of these policies. This analysis does not suggest that any distinction between on-reserve and off-reserve band members would conflict with the purposes of s. 15(1). The principles of substantive equality do not require that non-residents have identical voting rights to residents, but rather a system that gives non-residents

les objectifs du par. 15(1). Les membres hors réserve des bandes indiennes font partie d’une «minorité discrète et isolée», qui est définie tant par sa race que par son lieu de résidence, qui est vulnérable et qui, à l’occasion, ne s’est pas vu accorder l’égalité de respect ou de considération par le gouvernement ou par d’autres personnes au sein des sociétés canadienne et autochtone. Ils font l’objet de stéréotypes et souffrent de désavantages particuliers comparativement aux membres habitant les réserves. Les femmes autochtones, que l’on peut dire doublement défavorisées en raison de leur sexe et de leur race, sont particulièrement touchées par la différence de traitement visant les membres hors réserve des bandes indiennes.

Deuxièmement, la différence de traitement ne correspond ni aux besoins, ni aux caractéristiques ni à la situation des demandeurs d’une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence. Les pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens* aux conseils de bande ont une incidence sur des droits et des besoins que partagent les membres qui habitent les réserves et ceux qui vivent à l’extérieur de celles-ci.

Troisièmement, les droits touchés sont fondamentaux et, du point de vue des personnes touchées, ils revêtent de l’importance sur le plan social. Les fonctions et pouvoirs du conseil de bande ont une incidence sur leurs droits économiques, leur capacité de revenir vivre dans la réserve, des services qui peuvent être importants pour eux, et leurs droits culturels. Les droits touchés sont également importants en raison des diverses façons par lesquelles les liens qui unissaient des membres d’une bande à celle-ci ou à la réserve ont, volontairement ou à contrecœur, été rompus dans le passé. Il est possible que les personnes touchées ou leurs parents aient quitté la réserve pour des raisons qui ne témoignent pas d’un manque d’intérêt envers la réserve, compte tenu des diverses circonstances historiques, telles des assises territoriales souvent insuffisantes, de graves pénuries de logement et de possibilités de développement économique et l’application des anciennes règles imposées par le Parlement qui régissaient le statut Indien et l’appartenance aux bandes. Cet historique aide à démontrer pourquoi le droit d’éprouver et de maintenir un sentiment d’appartenance à leur bande, libre de tout obstacle imposé par le Parlement, est particulièrement important pour tous les membres des bandes, spécialement pour ceux qui, aujourd’hui, vivent en dehors des réserves, en partie à cause de ces politiques. Cette analyse n’indique pas que toute distinction entre les membres hors réserve des bandes indiennes et les membres habitant les réserves serait incompatible avec les objectifs visés par le par. 15(1). Les principes de l’égalité réelle ne

meaningful and effective participation in the voting regime of the band.

The infringement of s. 15(1) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of the restriction of voting rights to band members ordinarily resident on the reserve is to ensure that those with the most immediate and direct connection with the reserve have a special ability to control its future. This objective is pressing and substantial but the restriction fails to meet the proportionality test. While restricting the vote to those living on the reserve is rationally connected to Parliament's objective, a complete exclusion of non-residents from the right to vote, does not constitute a minimal impairment of these rights. The appellants have not shown why other solutions that would not violate s. 15(1) could not accomplish the objective.

In determining the appropriate remedy, the Court must be guided by the principles of respect for the purposes and values of the *Charter*, and respect for the role of the legislature. The finding of invalidity relates to the legislation as it applies to all bands, and, in principle, there is no reason that the remedy should be confined to the Batchewana Band. The fact that other bands may be able to demonstrate an Aboriginal right to control voting does not justify confining the remedy to the Batchewana Band. The principle of democracy underlies the Constitution and the *Charter*, and is one of the important factors governing the exercise of a court's remedial discretion. It encourages remedies that allow the democratic process of consultation and dialogue to occur. Constitutional remedies should encourage the government to take into account the interests, and views, of minorities. The appropriate remedy is a declaration that the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) are invalid. The effect of this declaration should be suspended for 18 months to give Parliament the time necessary to carry out extensive consultations and respond to the needs of the different groups affected. While, in general, litigants who have brought forward a *Charter* challenge should receive the immediate benefits of the ruling, even if the effect of the declaration is suspended, this is one of the exceptional cases where immediate relief should not be given to those who brought the action. If Parliament chooses either not to act, or to change the legislation to conform with this ruling, the respondents will receive a remedy after the period of suspension expires or when the new legislation comes

demandent pas que les non-résidents jouissent exactement des mêmes droits de vote que les résidents, mais plutôt un système qui accorderait aux non-résidents une participation concrète et efficace au régime électoral de la bande.

L'atteinte au par. 15(1) n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. L'objectif recherché par la restriction du droit de vote aux membres des bandes qui résident ordinairement dans la réserve est de faire en sorte que ceux qui possèdent les liens les plus directs et les plus immédiats avec la réserve soient habilités de façon particulière à décider de son avenir. Il s'agit d'un objectif urgent et réel, mais la restriction ne respecte pas le critère de la proportionnalité. Bien que la restriction du droit de vote aux résidents de la réserve ait un lien rationnel avec l'objectif du Parlement, le fait de priver complètement les non-résidents de leur droit de vote ne constitue pas une atteinte minimale à ces droits. Les appelantes n'ont pas établi en quoi d'autres solutions qui n'auraient pas pour effet de porter atteinte au par. 15(1) ne permettraient pas de réaliser cet objectif.

Dans la détermination de la réparation convenable, la Cour doit suivre le principe du respect des objectifs visés par la *Charte* et des valeurs qu'elle exprime, ainsi que le principe du respect du rôle du législateur. La conclusion d'invalidité vise la mesure législative dans son application à toutes les bandes, et il n'y a en principe aucune raison de limiter la réparation à la bande de Batchewana. Le fait que d'autres bandes pourraient être en mesure de démontrer l'existence d'un droit ancestral les habilitant à décider de leur procédure de scrutin ne justifie pas de limiter l'application de la réparation à la bande de Batchewana. Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la *Charte*, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. La réparation convenable consiste à déclarer invalides les mots «et réside ordinairement sur la réserve» au par. 77(1). L'effet de cette déclaration devrait être suspendu pour 18 mois pour donner au Parlement le temps nécessaire pour tenir de vastes consultations et répondre aux besoins des différents groupes touchés. Bien que, en général, les plaideurs qui ont présenté une contestation fondée sur la *Charte* doivent profiter des avantages immédiats de la décision, même si la prise d'effet de la déclaration est suspendue, la présente affaire est l'un de ces cas exceptionnels où une réparation immédiate ne devrait pas être accordée à ceux qui

into effect. In this case, there are strong administrative reasons not to grant immediate relief to the members of the Batchewana Band.

Section 25 of the *Charter* is triggered when Aboriginal or treaty rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are in question, or when the relief requested under a *Charter* challenge could abrogate or derogate from “other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada”. This latter phrase indicates that the rights included in s. 25 are broader than those in s. 35, and may include statutory rights. However, the fact that legislation relates to Aboriginal people cannot alone bring it within the scope of the “other rights or freedoms” included in s. 25. Because it has not been shown that s. 25 of the *Charter* applies to this case, and argument on this question was extremely limited, it would be inappropriate to articulate a general approach to s. 25.

Cases Cited

By McLachlin and Bastarache JJ.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

By L’Heureux-Dubé J.

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 3 S.C.R. 389; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877;

ont intenté l’action. Si le Parlement décide de ne pas agir ou encore de modifier la loi pour se conformer à la présente décision, les intimés obtiendront une réparation après l’expiration du délai de suspension ou lorsque les nouvelles mesures législatives entreront en vigueur. Il existe en l’espèce de solides raisons administratives justifiant de ne pas accorder de réparation immédiate aux membres de la bande de Batchewana.

L’article 25 de la *Charte* s’applique lorsque des droits ancestraux ou issus de traités garantis par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sont en litige, ou quand la réparation demandée dans le cadre d’une contestation fondée sur la *Charte* pourrait porter atteinte à d’«autres» droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Ce passage montre que les droits visés à l’art. 25 sont plus étendus que ceux visés à l’art. 35, et qu’il peut s’agir de droits d’origine législative. Cependant, le seul fait qu’une mesure législative concerne les autochtones ne la fait pas entrer dans le champ d’application des «autres» droits ou libertés visés à l’art. 25. Étant donné qu’on n’a pas fait la preuve que l’art. 25 de la *Charte* s’applique à la présente affaire, et que l’argumentation sur cette question a été extrêmement limitée, il ne conviendrait pas d’énoncer une approche générale à l’égard de l’art. 25.

Jurisprudence

Citée par les juges McLachlin et Bastarache

Arrêt appliqué: *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

Citée par le juge L’Heureux-Dubé

Arrêt appliqué: *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 3 R.C.S. 389; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur*

Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3.

général), [1998] 1 R.C.S. 877; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3.

Statutes and Regulations Cited

Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42, S.C. 1869, c. 6.

Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordinance Lands, S.C. 1868, c. 42, s. 8(1).

Act to amend the Indian Act, S.C. 1985, c. 27.

Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in the Province, and to amend the Laws respecting Indians, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d), 15(1), 24(1), 25 [am. R.S.C., 1985, App. II, No. 46].

Constitution Act, 1982, s. 35 [am. R.S.C., 1985, App. II, No. 46], 52.

Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81, s. 172(b).

Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 51(2), 163(a).

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “band”, “council of the band”, “elector” [rep. & sub. c. 32 (1st Supp.), s. 1], 20(1), 38(1) [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 2], 39(1) [*idem*, s. 3], 62, 64(1), 66(1), 69, 74(1), 75, 77 [rep. & sub. c. 32 (1st Supp.), s. 14], 81(1) [*idem*, s. 15], 83 [am. c. 17 (4th Supp.), s. 10], 85.1(1) [ad. c. 32 (1st Supp.), s. 16].

Indian Act, S.C. 1951, c. 29, ss. 2(1)(e), 12, 14, 76(1).

Indian Advancement Act, 1884, S.C. 1884, c. 28, s. 5.

Indian Advancement Act, R.S.C. 1886, c. 44, s. 5(1).

Indian Bands Council Elections Order, SOR/97-138.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 32 [am. SOR/98-489, s. 1].

Lois et règlements cités

Acte de l'avancement des Sauvages, 1884, S.C. 1884, ch. 28, art. 5.

Acte de l'avancement des Sauvages, S.R.C. 1886, ch. 44, art. 5(1).

Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., ch. 26.

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.

Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance, S.C. 1868, ch. 42, art. 8(1).

Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes, DORS/97-138.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d), 15(1), 24(1), 25 [mod. L.R.C. (1985), app. II, n° 46].

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35 [mod. L.R.C. (1985), app. II, n° 46], 52.

Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 51(2), 163a).

Loi des sauvages, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 172b).

Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1985, ch. 27.

Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art. 2(1)e), 12, 14, 76(1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande», «conseil de la bande», «électeur» [abr. & rempl. ch. 32 (1^{er} suppl.), art. 1], 20(1), 38(1) [abr. & rempl. ch. 17 (4^e suppl.), art. 2], 39(1) [*idem*, art. 3], 62, 64(1), 66(1), 69, 74(1), 75, 77 [abr. & rempl. ch. 32 (1^{er} suppl.), art. 14], 81(1) [*idem*, art. 15], 83 [am. ch. 17 (4^e suppl.), art. 10], 85.1(1) [aj. ch. 32, (1^{er} suppl.), art. 16].

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 32 [mod. DORS/98-489, art. 1].

Authors Cited

- Canada. Indian and Northern Affairs. *Impacts of the 1985 Amendments to the Indian Act (Bill C-31): Summary Report*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1990.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Crane, Brian A., and Henry S. Brown. *Supreme Court of Canada Practice 1998*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1997.
- Gilbert, Larry. *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1998, release 5).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 1 F.C. 689 (*sub nom. Batchewana Indian Band (Non-resident members v. Batchewana Indian Band)*), 206 N.R. 85, 142 D.L.R. (4th) 122, [1997] 3 C.N.L.R. 21, [1996] F.C.J. No. 1486 (QL), affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1994] 1 F.C. 394, 67 F.T.R. 81, 107 D.L.R. (4th) 582, 18 C.R.R. (2d) 354, [1993] F.C.J. No. 896 (QL), but modifying the remedy granted. Appeal dismissed but remedy modified.

John B. Edmond, for the appellant Her Majesty the Queen.

William B. Henderson and *Derek T. Ground*, for the appellant the Batchewana Indian Band.

Gary E. Corbière and *Michael Feindel*, for the respondents.

Doctrine citée

- Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Répercussions des modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 (Projet de loi C-31): Rapport sommaire*. Ottawa: Affaires indiennes et du Nord Canada, 1990.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. Ottawa: La Commission, 1996.
- Crane, Brian A., and Henry S. Brown. *Supreme Court of Canada Practice 1998*. Scarborough, Ont.: Thomson Professional Publishing Canada, 1997.
- Gilbert, Larry. *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
- Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.
- Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg: Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, 1991.
- Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1998, release 5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 1 C.F. 689 (*sub nom. Bande indienne de Batchewana (membres non résidents) c. Bande indienne de Batchewana*), 206 N.R. 85, 142 D.L.R. (4th) 122, [1997] 3 C.N.L.R. 21, [1996] A.C.F. n° 1486 (QL), qui a confirmé une décision de la Cour fédérale, Section de première instance, [1994] 1 C.F. 394, 67 F.T.R. 81, 107 D.L.R. (4th) 582, 18 C.R.R. (2d) 354, [1993] A.C.F. n° 896 (QL), mais modifié la réparation accordée. Pourvoi rejeté mais réparation modifiée.

John B. Edmond, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

William B. Henderson et *Derek T. Ground*, pour l'appelante la bande indienne de Batchewana.

Gary E. Corbière et *Michael Feindel*, pour les intimés.

Kent Roach and *Kimberly R. Murray*, for the intervenor the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Mervin C. Phillips and *Robert A. Milen*, for the intervenor the Congress of Aboriginal Peoples.

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

Mary Eberts and *Lucy McSweeney*, for the intervenor the Native Women's Association of Canada.

Sharon D. McIvor and *Teressa Nahanee*, for the intervenor the United Native Nations Society of British Columbia.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Major and Bastarache JJ. was delivered by

MCLACHLIN AND BASTARACHE JJ. — We have read the reasons for judgment of Justice L'Heureux-Dubé. We believe that this case can be resolved on simpler grounds. We will therefore briefly outline the reasoning upon which we base our own decision.

L'Heureux-Dubé J. has set out in detail the facts in this case as well as a description of its judicial history. We adopt this factual background.

The narrow issue raised in this appeal is whether the exclusion of off-reserve members of an Indian band from the right to vote in band elections pursuant to s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, is inconsistent with s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. There is no need for us to describe the steps applicable to a s. 15(1) analysis. They have been affirmed with great precision by Iacobucci J. in *Law v. Canada (Minister*

Kent Roach et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

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

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

Mary Eberts et *Lucy McSweeney*, pour l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada.

Sharon D. McIvor et *Teressa Nahanee*, pour l'intervenante United Native Nations Society of British Columbia.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin, Major et Bastarache rendu par

LES JUGES MCLACHLIN ET BASTARACHE — Nous avons lu les motifs du jugement du juge L'Heureux-Dubé. Nous estimons que le présent pourvoi peut être tranché sur le fondement de motifs beaucoup plus limités. Nous allons donc présenter brièvement le raisonnement sur lequel nous appuyons notre décision.

Le juge L'Heureux-Dubé a exposé en détail les faits de la présente affaire ainsi que l'historique des procédures. Nous faisons nôtre cet exposé factuel.

La question étroite que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le fait de dénier aux membres des bandes indiennes résidant hors des réserves le droit de voter aux élections des bandes conformément au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, est incompatible avec le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'est pas nécessaire que nous décrivions les étapes de l'analyse fondée sur l'art. 15. Elles ont été énoncées avec beaucoup de précision par le juge Iacobucci dans *Law c.*

1

2

3

of Employment and Immigration), [1999] 1 S.C.R. 497.

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.

4 The first step is to determine whether the impugned law makes a distinction that denies equal benefit or imposes an unequal burden. The *Indian Act's* exclusion of off-reserve band members from voting privileges on band governance satisfies this requirement.

La première étape consiste à déterminer si le texte de loi contesté établit une distinction qui dénie l'égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal. Le fait que la *Loi sur les Indiens* dénie aux membres hors réserve des bandes indiennes le droit de voter à l'égard de l'administration de leur bande respective respecte cette exigence.

5 The next step is to determine whether the distinction is discriminatory. The first inquiry is whether the distinction is made on the basis of an enumerated ground or a ground analogous to it. The answer to this question will be found in considering the general purpose of s. 15(1), i.e. to prevent the violation of human dignity through the imposition of disadvantage based on stereotyping and social prejudice, and to promote a society where all persons are considered worthy of respect and consideration.

L'étape suivante consiste à déterminer si la distinction est discriminatoire. La première question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si la distinction contestée est fondée sur un motif énuméré ou analogue. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l'objectif général du par. 15(1), qui est, d'une part, d'empêcher que l'on porte atteinte à la dignité humaine en imposant à des individus un désavantage fondé sur des stéréotypes et des préjugés sociaux, et, d'autre part, de contribuer à l'établissement d'une société où tous les individus sont jugés dignes de respect et de considération.

6 We agree with L'Heureux-Dubé J. that Aboriginality-residence (off-reserve band member status) constitutes a ground of discrimination analogous to the enumerated grounds. However, we wish to comment on two matters: (1) the suggestion by some that the same ground may or may not be analogous depending on the circumstances; and (2) the criteria that identify an analogous ground.

Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que l'autochtonité-lieu de résidence (la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne) est un motif de discrimination analogue aux motifs énumérés. Toutefois, nous désirons faire des commentaires sur deux points: (1) la suggestion faite par certains qu'un même motif peut, selon les circonstances, être analogue ou non; (2) les critères d'identification des motifs analogues.

7 The enumerated grounds function as legislative markers of suspect grounds associated with stereotypical, discriminatory decision making. They are a legal expression of a general characteristic, not a contextual, fact-based conclusion about whether discrimination exists in a particular case. As such, the enumerated grounds must be distinguished from a finding that discrimination exists in a particular case. Since the enumerated grounds are only indicators of suspect grounds of distinction, it follows that decisions on these grounds are not always discriminatory; if this were otherwise, it

Les motifs énumérés sont des indicateurs législatifs de l'existence de motifs suspects, associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes. Ils sont l'expression, dans la loi, d'une caractéristique générale, et non une conclusion, fondée sur le contexte et les faits pertinents, relativement à l'existence ou à l'absence de discrimination dans une affaire donnée. En tant que tels, les motifs énumérés doivent être distingués d'une conclusion portant qu'il y a discrimination dans une affaire donnée. Puisque les motifs énumérés ne constituent que des indicateurs

would be unnecessary to proceed to the separate examination of discrimination at the third stage of our analysis discussed in *Law, supra, per* Iacobucci J.

The same applies to the grounds recognized by the courts as “analogous” to the grounds enumerated in s. 15. To say that a ground of distinction is an analogous ground is merely to identify a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality. Like distinctions made on enumerated grounds, distinctions made on analogous grounds may well not be discriminatory. But this does not mean that they are not analogous grounds or that they are analogous grounds only in some circumstances. Just as we do not speak of enumerated grounds existing in one circumstance and not another, we should not speak of analogous grounds existing in one circumstance and not another. The enumerated and analogous grounds stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination. What varies is whether they amount to discrimination in the particular circumstances of the case.

We therefore disagree with the view that a marker of discrimination can change from case to case, depending on the government action challenged. It seems to us that it is not the ground that varies from case to case, but the determination of whether a distinction on the basis of a constitutionally cognizable ground is discriminatory. Sex will always be a ground, although sex-based legislative distinctions may not always be discriminatory. To be sure, *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, suggested that residence might be an analogous ground in certain contexts. But in view of the synthesis of previous cases suggested in *Law, supra*, it is more likely that today the same result, dismissal of the claim, would be achieved either by finding

de l’existence de motifs de distinction suspects, il s’ensuit que les décisions fondées sur ces motifs ne sont pas toujours discriminatoires; s’il en était autrement, il serait inutile de procéder à l’examen distinct de la discrimination à la troisième étape de l’analyse exposée par notre Cour dans l’arrêt *Law*, précité, motifs du juge Iacobucci.

La même observation s’applique à l’égard des motifs qui ont été reconnus par notre Cour comme «analogues» à ceux énumérés à l’art. 15. Affirmer qu’un motif de distinction est un motif analogue ne fait qu’indiquer qu’un certain processus décisionnel est suspect parce qu’il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l’égalité réelle. Tout comme les distinctions fondées sur des motifs énumérés, celles qui reposent sur des motifs analogues peuvent fort bien ne pas être discriminatoires. Toutefois, cela ne veut pas dire pour autant que ces motifs ne sont pas analogues ou qu’ils ne le sont que dans certaines circonstances. De la même manière que nous ne disons pas d’un motif énuméré qu’il existe dans une situation et non dans une autre, nous ne devrions pas dire d’un motif analogue qu’il existe dans certaines circonstances et non dans d’autres. Les motifs énumérés et les motifs analogues constituent des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle. La variable est la réponse à la question de savoir s’ils sont source de discrimination dans les circonstances particulières d’une affaire donnée.

En conséquence, nous ne partageons pas l’opinion selon laquelle un motif donné peut constituer un indicateur de discrimination dans une affaire mais ne pas l’être dans une autre, selon la mesure gouvernementale qui est contestée. Il nous semble que ce n’est pas le motif en tant que tel qui varie d’une affaire à l’autre, mais plutôt la réponse à la question de savoir si une distinction fondée sur un motif susceptible de reconnaissance sur le plan constitutionnel est discriminatoire. Le sexe sera toujours un motif, même si les distinctions fondées sur ce motif dans les lois ne sont pas toujours discriminatoires. Certes, il a été suggéré dans l’arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, que le lieu de résidence pourrait constituer un motif analogue

8

9

no analogous ground or no discrimination in fact going to essential human dignity.

dans certains cas. Toutefois, à la lumière de la synthèse de la jurisprudence proposée dans l'arrêt *Law*, précité, il est vraisemblable qu'on arriverait aujourd'hui au même résultat — le rejet de la demande — en concluant soit à l'absence de motif analogue, soit à l'absence de discrimination portant atteinte dans les faits à la dignité humaine essentielle.

10 If it is the intention of L'Heureux-Dubé J.'s reasons to affirm contextual dependency of the enumerated and analogous grounds, we must respectfully disagree. If "Aboriginality-residence" is to be an analogous ground (and we agree with L'Heureux-Dubé J. that it should), then it must always stand as a constant marker of potential legislative discrimination, whether the challenge is to a governmental tax credit, a voting right, or a pension scheme. This established, the analysis moves to the third stage: whether the distinction amounts, in purpose or effect, to discrimination on the facts of the case.

Si les motifs du juge L'Heureux-Dubé visent à faire dépendre du contexte l'existence même des motifs énumérés et des motifs analogues, nous devons, avec égards, exprimer notre désaccord. Si le motif de l'«autochtonité-lieu de résidence» doit constituer un motif analogue (et nous convenons avec le juge L'Heureux-Dubé que ce devrait être le cas), il doit alors constituer un indicateur permanent de discrimination législative potentielle, que la contestation vise un crédit d'impôt gouvernemental, un droit de vote ou un régime de pension. Ceci étant établi, nous passons maintenant à la troisième étape de l'analyse, soit la question de savoir si, de par son objet ou ses effets, la distinction est source de discrimination à la lumière des faits de l'espèce.

11 Maintaining the distinction in *Law*, *supra*, between the enumerated or analogous ground analysis and the third-stage contextual discrimination analysis, offers several advantages. Both stages are concerned with discrimination and the violation of the presumption of the equal dignity and worth of every human being. But they approach it from different perspectives. The analogous grounds serve as jurisprudential markers for suspect distinctions. They function conceptually to identify the sorts of claims that properly fall under s. 15. By screening out other cases, they avoid trivializing the s. 15 equality guarantee and promote the efficient use of judicial resources. And they permit the development over time of a conceptual jurisprudence of the sorts of distinctions that fall under the s. 15 guarantee, without foreclosing new cases of discrimination. A distinction on an enumerated or analogous ground established, the contextual and fact-specific inquiry proceeds to

Il y a plusieurs avantages à maintenir la distinction qui a été établie dans l'arrêt *Law*, précité, entre l'analyse relative à l'existence d'un motif énuméré ou analogue et la troisième étape, savoir l'analyse de la présence de discrimination eu égard au contexte. Ces deux étapes concernent la discrimination et la violation de la présomption d'égalité de dignité et de valeur de chaque être humain, qu'elles abordent toutefois à partir de points de vue différents. Les motifs analogues servent d'indicateurs jurisprudentiels de l'existence de distinctions suspectes. Ils permettent d'identifier, sur le plan conceptuel, le genre de demandes visées par l'art. 15. En écartant les autres affaires, ils évitent la banalisation de la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15 et ils contribuent à l'utilisation efficiente des ressources des tribunaux. Ils permettent aussi l'élaboration, au fil du temps, d'une jurisprudence qui conceptualise les types de distinctions relevant de la garantie de l'art. 15, sans faire obstacle à la reconnaissance de nouveaux cas de discrimination. Une fois établie la présence d'une distinction

whether the distinction amounts to discrimination in the context of the particular case.

Our second concern relates to the manner in which a new analogous ground may be identified. In our view, conflation of the second and third stages of the *Law* framework is to be avoided. To be sure, *Law* is meant to provide a set of guidelines and not a formalistic straitjacket, but the second and third stages are unquestionably distinct: the former asks whether the distinction is on the basis of an enumerated or analogous ground, the latter whether that distinction on the facts of the case affronts s. 15. Affirmative answers to both inquiries are a precondition to establishing a constitutional claim.

What then are the criteria by which we identify a ground of distinction as analogous? The obvious answer is that we look for grounds of distinction that are analogous or like the grounds enumerated in s. 15 — race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age, or mental or physical disability. It seems to us that what these grounds have in common is the fact that they often serve as the basis for stereotypical decisions made not on the basis of merit but on the basis of a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. This suggests that the thrust of identification of analogous grounds at the second stage of the *Law* analysis is to reveal grounds based on characteristics that we cannot change or that the government has no legitimate interest in expecting us to change to receive equal treatment under the law. To put it another way, s. 15 targets the denial of equal treatment on grounds that are actually immutable, like race, or constructively immutable, like religion. Other factors identified in the cases as associated with the enumerated and analogous grounds, like the fact that the decision adversely impacts on a discrete and insular minority or a group that has been

fondée sur un motif énuméré ou analogue, le tribunal amorce l'examen du contexte et des faits propres à l'affaire dont il est saisi pour déterminer si la distinction constitue de la discrimination dans ce cas particulier.

Notre deuxième préoccupation concerne la manière d'identifier les nouveaux motifs analogues. À notre avis, il faut éviter de fusionner les deuxième et troisième étapes du cadre établi dans *Law*. Certes, cet arrêt vise à établir un ensemble de lignes directrices, et non un carcan formaliste, mais il n'en demeure pas moins que la deuxième et la troisième étape sont incontestablement distinctes: à la deuxième étape, le tribunal détermine si la distinction est fondée sur un motif énuméré ou analogue, alors qu'à la troisième il se demande si, à la lumière des faits de l'affaire, cette distinction contrevient à l'art. 15. Une réponse affirmative à ces deux questions est un préalable à l'établissement du bien-fondé d'une demande sur le plan constitutionnel.

En conséquence, quels sont les critères qui permettent de qualifier d'analogue un motif de distinction? La réponse est évidente, il s'agit de chercher des motifs de distinction analogues ou semblables aux motifs énumérés à l'art. 15 — la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Il nous semble que le point commun entre ces motifs est le fait qu'ils sont souvent à la base de décisions stéréotypées, fondées non pas sur le mérite de l'individu mais plutôt sur une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l'identité personnelle. Ce fait tend à indiquer que l'objet de l'identification de motifs analogues à la deuxième étape de l'analyse établie dans *Law* est de découvrir des motifs fondés sur des caractéristiques qu'il nous est impossible de changer ou que le gouvernement ne peut légitimement s'attendre que nous changions pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi. Autrement dit, l'art. 15 vise le déni du droit à l'égalité de traitement pour des motifs qui sont immuables dans les faits, par exemple la race, ou qui sont considérés immuables, par exemple la

12

13

historically discriminated against, may be seen to flow from the central concept of immutable or constructively immutable personal characteristics, which too often have served as illegitimate and demeaning proxies for merit-based decision making.

religion. D'autres facteurs, que la jurisprudence a rattachés aux motifs énumérés et analogues, tel le fait que la décision produise des effets préjudiciables à une minorité discrète et isolée ou à un groupe qui a historiquement fait l'objet de discrimination, peuvent être considérés comme émanant du concept central que sont les caractéristiques personnelles immuables ou considérées immuables, caractéristiques qui ont trop souvent servi d'ersatz illégitimes et avilissants de décisions fondées sur le mérite des individus.

14 L'Heureux-Dubé J. ultimately concludes that "Aboriginality-residence" as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is an analogous ground. We agree. L'Heureux-Dubé J.'s discussion makes clear that the distinction goes to a personal characteristic essential to a band member's personal identity, which is no less constructively immutable than religion or citizenship. Off-reserve Aboriginal band members can change their status to on-reserve band members only at great cost, if at all.

Le juge L'Heureux-Dubé conclut, en dernière analyse, que le facteur de l'«autochtonité-lieu de résidence» constitue un motif analogue lorsqu'il se rapporte à la question de savoir si un membre d'une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci. Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il ressort clairement des propos du juge L'Heureux-Dubé que la distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l'identité personnelle des membres des bandes indiennes, caractéristique qui est considérée immuable au même titre que la religion ou la citoyenneté. Les membres hors réserve d'une bande autochtone ne peuvent devenir des membres habitant la réserve qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent.

15 Two brief comments on this new analogous ground are warranted. First, reserve status should not be confused with residence. The ordinary "residence" decisions faced by the average Canadians should not be confused with the profound decisions Aboriginal band members make to live on or off their reserves, assuming choice is possible. The reality of their situation is unique and complex. Thus no new water is charted, in the sense of finding residence, in the generalized abstract, to be an analogous ground. Second, we note that the analogous ground of off-reserve status or Aboriginality-residence is limited to a subset of the Canadian population, while s. 15 is directed to everyone. In our view, this is no impediment to its inclusion as an analogous ground under s. 15. Its demographic limitation is no different, for example, from pregnancy, which is a distinct, but fundamentally inter-related form of discrimination from gender.

Deux brefs commentaires s'imposent au sujet de ce nouveau motif analogue. Premièrement, il ne faut pas confondre qualité de membre hors réserve et lieu de résidence. Les décisions que sont appelés à prendre les Canadiens en général relativement à leur «lieu de résidence» ne sauraient être comparées aux décisions lourdes de conséquences que prennent les membres des bandes autochtones lorsqu'ils choisissent de vivre dans les réserves ou à l'extérieur de celles-ci, à supposer que ce choix soit possible. La réalité de ces personnes est unique et complexe. Par conséquent le fait de conclure, sur le plan des principes généraux, que le lieu de résidence est un motif analogue n'établit rien de nouveau. Deuxièmement, nous soulignons que le motif analogue que constitue la qualité de membre hors réserve ou l'autochtonité-lieu de résidence ne s'applique qu'à un groupe au sein de la population canadienne, tandis que l'art. 15 vise

“Embedded” analogous grounds may be necessary to permit meaningful consideration of intra-group discrimination.

Having concluded that the distinction made by the impugned law is made on an analogous ground, we come to the final step of the s. 15(1) analysis: whether the distinction at issue in this case in fact constitutes discrimination. In plain words, does the distinction undermine the presumption upon which the guarantee of equality is based — that each individual is deemed to be of equal worth regardless of the group to which he or she belongs?

Applying the applicable *Law* factors to this case — pre-existing disadvantage, correspondence and importance of the affected interest — we conclude that the answer to this question is yes. The impugned distinction perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members by denying them the right to vote and participate in their band’s governance. Off-reserve band members have important interests in band governance which the distinction denies. They are co-owners of the band’s assets. The reserve, whether they live on or off it, is their and their children’s land. The band council represents them as band members to the community at large, in negotiations with the government, and within Aboriginal organizations. Although there are some matters of purely local interest, which do not as directly affect the interests of off-reserve band members, the complete denial to off-reserve members of the right to vote and participate in band governance treats them as less worthy and entitled, not on the merits of their situation, but simply because they live off-reserve. The importance of the interest

l’ensemble de la population. Nous sommes toutefois d’avis que cela n’empêche pas ce motif d’être considéré comme un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15. Le fait que ce motif soit limité démographiquement n’est pas différent, par exemple, des distinctions qui sont motivées par la grossesse et qui, bien qu’elles constituent une forme différente de discrimination fondée sur le sexe, sont néanmoins fondamentalement liées à ce motif. Il peut se révéler nécessaire de reconnaître des motifs analogues «inclus» afin de pouvoir examiner utilement la discrimination à l’intérieur d’un même groupe.

Après avoir conclu que la distinction établie par le texte de loi contesté repose sur un motif analogue, nous arrivons à la dernière étape de l’analyse fondée sur le par. 15(1): la question de savoir si la distinction en cause dans le présent cas constitue, dans les faits, de la discrimination. Autrement dit, la distinction mine-t-elle la présomption sur laquelle est fondée la garantie d’égalité — savoir que tous les individus sont réputés égaux, indépendamment du groupe auquel ils appartiennent?

Applicant les facteurs énoncés dans *Law* qui sont pertinents en l’espèce — la pré-existence d’un désavantage ainsi que la correspondance du droit touché et son importance —, nous concluons que la réponse à cette question est affirmative. La distinction reprochée perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes en les privant de leur droit de voter et de participer à l’administration de leur bande. Ces personnes ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l’administration de la bande, ce que la distinction les empêche de faire. Ils sont copropriétaires de l’actif de la bande. Qu’ils y vivent ou non, la réserve est leur territoire et celui de leurs enfants. En tant que membres de la bande ils sont représentés par le conseil de la bande auprès de la communauté en général, tant au sein des organisations autochtones que dans le cadre des négociations avec le gouvernement. Bien qu’il existe des sujets d’intérêt purement local qui ne touchent pas aussi directement les intérêts des membres hors réserve des bandes indiennes, la privation complète de leur droit de voter et de partici-

16

17

affected is underlined by the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*, at pp. 137-91. The Royal Commission writes in vol. 4, *Perspectives and Realities*, at p. 521:

Throughout the Commission's hearings, Aboriginal people stressed the fundamental importance of retaining and enhancing their cultural identity while living in urban areas. Aboriginal identity lies at the heart of Aboriginal peoples' existence; maintaining that identity is an essential and self-validating pursuit for Aboriginal people in cities.

And at p. 525:

Cultural identity for urban Aboriginal people is also tied to a land base or ancestral territory. For many, the two concepts are inseparable. . . . Identification with an ancestral place is important to urban people because of the associated ritual, ceremony and traditions, as well as the people who remain there, the sense of belonging, the bond to an ancestral community, and the accessibility of family, community and elders.

18

Taking all this into account, it is clear that the s. 77(1) disenfranchisement is discriminatory. It denies off-reserve band members the right to participate fully in band governance on the arbitrary basis of a personal characteristic. It reaches the cultural identity of off-reserve Aboriginals in a stereotypical way. It presumes that Aboriginals living off-reserve are not interested in maintaining meaningful participation in the band or in preserving their cultural identity, and are therefore less deserving members of the band. The effect is clear, as is the message: off-reserve band members are not as deserving as those band members who live on reserves. This engages the dignity aspect of

per à l'administration de leur bande a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve. L'importance du droit touché ressort des conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1, *Un passé, un avenir*, aux pp. 147 à 206. La Commission royale écrit ceci dans le vol. 4, *Perspectives et réalités*, à la p. 586:

Tout au long des audiences, les autochtones ont rappelé à la Commission qu'il est essentiel pour eux de préserver et d'enrichir leur identité culturelle quand ils vivent en milieu urbain. L'identité autochtone est l'essence de l'existence des peuples autochtones. La préservation de cette identité est donc un objectif fondamental et valorisant pour les autochtones citadins.

Et elle ajoute ce qui suit, aux pp. 589 et 590:

De plus, les autochtones citadins associent l'identité culturelle à la notion d'assise territoriale ou de territoire ancestral. Pour nombre d'entre eux, ces deux concepts sont indissociables. [. . .] Il est important pour les autochtones citadins de pouvoir s'identifier à un lieu ancestral, en raison des rituels, des cérémonies et des traditions qui y sont associés, des gens qui y vivent, du sentiment d'appartenance, du lien avec une communauté ancestrale et de la possibilité d'accéder à la famille, à la communauté et aux anciens.

Compte tenu de tout ce qui précède, il est clair que la privation du droit de vote découlant du par. 77(1) est discriminatoire. Cette privation refuse aux membres hors réserve des bandes indiennes, sur le fondement arbitraire d'une caractéristique personnelle, le droit de participer pleinement à l'administration de leur bande respective. Elle touche à l'identité culturelle des Autochtones hors réserve par l'effet de stéréotypes. Elle présume que les Autochtones hors réserve ne sont pas intéressés à participer concrètement à la vie de leur bande ou à préserver leur identité culturelle, et qu'ils ne sont donc pas des membres de leur bande aussi méritants que les autres. L'effet, comme le message, est clair: les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas aussi méritants que

the s. 15 analysis and results in the denial of substantive equality.

The conclusion that discrimination exists at the third stage of the *Law* test does not depend on the composition of the off-reserve band members group, its relative homogeneity or the particular historical discrimination it may have suffered. It is the present situation of the group relative to that of the comparator group, on-reserve band members, that is relevant. All parties have accepted that the off-reserve group comprises persons who have chosen to live off-reserve freely, persons who have been forced to leave the reserve reluctantly because of economic and social considerations, persons who have at some point been expelled then restored to band membership through Bill C-31 (*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27), and descendants of these people. It is accepted that off-reserve band members are the object of discrimination and constitute an underprivileged group. It is also accepted that many off-reserve band members were expelled from the reserves because of policies and legal provisions which were changed by Bill C-31 and can be said to have suffered double discrimination. But Aboriginals living on reserves are subject to the same discrimination. Some were affected by Bill C-31. Some left the reserve and returned. The relevant social facts in this case are those that relate to off-reserve band members as opposed to on-reserve band members. Even if all band members living off-reserve had voluntarily chosen this way of life and were not subject to discrimination in the broader Canadian society, they would still have the same cause of action. They would still suffer a detriment by being denied full participation in the affairs of the bands to which they would continue to belong while the band councils are able to affect their interests, in particular by making decisions with respect to the surrender of lands, the allocation of land to band members, the raising of funds and making of expenditures for the benefit of all band members. The effect of the legislation is to force band members to choose between living on the reserve and exercising their political rights, or

les membres qui vivent dans les réserves. Cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'art. 15 et entraîne le déni du droit à l'égalité réelle.

À la troisième étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Law*, la conclusion qu'il y a discrimination ne dépend pas de la composition du groupe des membres hors réserve des bandes indiennes, de sa relative homogénéité ou de la discrimination particulière dont il a pu faire l'objet dans le passé. C'est la situation actuelle du groupe par rapport à celle du groupe témoin qui est pertinente. Toutes les parties ont accepté que le groupe des membres hors réserve comprend des personnes qui ont librement choisi de vivre hors des réserves, des personnes qui ont dû à contrecœur les quitter pour des raisons socioéconomiques, d'autres qui, après avoir été expulsées de leur bande, ont été rétablies dans leur droit d'en être membres par le projet de loi C-31 (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27), ainsi que des descendants de ces personnes. Il est admis que les membres hors réserve des bandes indiennes sont victimes de discrimination et constituent un groupe défavorisé. Il est également admis que bien des personnes faisant partie de ce groupe ont été expulsées des réserves en raison de politiques et de dispositions législatives qui ont été modifiées par le projet de loi C-31, et qu'il est possible d'affirmer qu'elles ont été doublement victimes de discrimination. Toutefois, les Autochtones habitant les réserves sont victimes de la même discrimination. Certains ont subi les effets du projet de loi C-31. Certains ont quitté la réserve puis y sont revenus. Les faits sociaux pertinents en l'espèce sont ceux qui se rapportent aux membres hors réserve des bandes indiennes plutôt qu'aux membres de ces bandes qui habitent les réserves. Néanmoins, même si tous les membres hors réserve des bandes indiennes avaient volontairement choisi ce mode de vie et n'étaient pas victimes de discrimination dans la société canadienne en général, leur droit d'action resterait néanmoins intact. Ils continueraient d'être défavorisés du fait qu'on leur nie la possibilité de participer pleinement aux affaires de la bande à laquelle ils ne cessent d'appartenir, alors que le conseil de cette bande est en mesure d'exercer de

living off-reserve and renouncing the exercise of their political rights. The political rights in question are related to the race of the individuals affected, and to their cultural identity. As mentioned earlier, the differential treatment resulting from the legislation is discriminatory because it implies that off-reserve band members are lesser members of their bands or persons who have chosen to be assimilated by the mainstream society.

l'influence sur leurs intérêts, particulièrement en prenant des décisions concernant la cession des terres de la réserve ou leur répartition entre les membres de la bande, la levée de fonds et l'engagement de dépenses au profit de l'ensemble des membres de la bande. Le texte de loi en cause a pour effet de forcer les membres à choisir entre deux partis: vivre dans la réserve et exercer leurs droits politiques, ou vivre hors de la réserve et renoncer à exercer ces droits. Les droits politiques en question sont liés à la race des individus concernés ainsi qu'à leur identité culturelle. Comme il a été indiqué plus tôt, la différence de traitement résultant du texte de loi est discriminatoire parce qu'elle implique que les membres hors réserve des bandes indiennes sont des membres de rang inférieur de leur bande respective ou des personnes qui ont choisi de s'assimiler à la société majoritaire.

20 We have been asked to consider the possible application of s. 25 of the *Charter*. This section provides that rights accorded in the *Charter* must not be construed as abrogating or derogating from the rights of Aboriginals. We agree with L'Heureux-Dubé J. that given the limited argument on this issue, it would be inappropriate to articulate general principles pertaining to s. 25 in this case. Suffice it to say that a case for its application has not been made out here.

On nous a demandé d'examiner l'application possible de l'art. 25 de la *Charte*. Cet article dispose que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne portent pas atteinte aux autres droits des Autochtones. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour affirmer que, compte tenu de l'argumentation limitée qui a été présentée sur ce point, il ne conviendrait pas d'énoncer, en l'espèce, des principes généraux relativement à l'art. 25. Qu'il suffise de mentionner qu'on n'a pas démontré son application dans le présent cas.

21 Having found that s. 77(1) is discriminatory, we must address the s. 1 argument of the appellants. The applicable test was recently described by Iacobucci J. in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182. We are satisfied that the restriction on voting is rationally connected to the aim of the legislation, which is to give a voice in the affairs of the reserve only to the persons most directly affected by the decisions of the band council. It is admitted that although all band members are subject to some decisions of the band council, most decisions would only impact on members living on the reserve. The restriction of s. 15 rights is however not justified under the second branch of the s. 1 test; it has not been demonstrated that s. 77(1) of the *Indian Act* impairs the s. 15 rights

Ayant conclu au caractère discriminatoire du par. 77(1), nous devons maintenant examiner l'argument des appelantes fondé sur l'article premier. Le critère applicable a récemment été décrit par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182. Nous sommes convaincus que la restriction du droit de vote a un lien rationnel avec l'objectif de la loi, qui est de donner voix au chapitre, en ce qui concerne les affaires de la réserve, seulement aux personnes les plus directement touchées par les décisions du conseil de la bande. Il est admis que, bien que tous les membres de la bande soient assujettis à certaines décisions du conseil de la bande, la plupart de ces décisions n'ont d'incidence que sur les membres vivant dans la réserve. La restriction des droits garantis par

minimally. Even if it is accepted that some distinction may be justified in order to protect legitimate interests of band members living on the reserve, it has not been demonstrated that a complete denial of the right of band members living off-reserve to participate in the affairs of the band through the democratic process of elections is necessary. Some parties and interveners have mentioned the possibility of a two-tiered council, of reserved seats for off-reserve members of the band, of double-majority votes on some issues. The appellants argue that there are important difficulties and costs involved in maintaining an electoral list of off-reserve band members and in setting up a system of governance balancing the rights of on-reserve and off-reserve band members. But they present no evidence of efforts deployed or schemes considered and costed, and no argument or authority in support of the conclusion that costs and administrative convenience could justify a complete denial of the constitutional right. Under these circumstances, we must conclude that the violation has not been shown to be demonstrably justified.

With regard to remedy, the Court of Appeal was of the view that it would be preferable to grant the Batchewana Band a permanent constitutional exemption rather than to declare s. 77(1) of the *Indian Act* to be unconstitutional and without effect generally. With respect, we must disagree. The remedy of constitutional exemption has been recognized in a very limited way in this Court, to protect the interests of a party who has succeeded in having a legislative provision declared unconstitutional, where the declaration of invalidity has been suspended; see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 715-17; *Rodriguez v. British*

l'art. 15 n'est cependant pas justifiée suivant le deuxième volet du critère fondé sur l'article premier; il n'a pas été démontré que le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* porte le moins possible atteinte aux droits garantis par l'art. 15. Même en admettant qu'une certaine distinction puisse être justifiée pour protéger des intérêts légitimes des membres des bandes indiennes qui vivent dans les réserves, il n'a pas été démontré qu'il est nécessaire de nier complètement aux membres hors réserve de ces bandes le droit de participer aux affaires de leur bande respective par le processus démocratique des élections. Certaines parties ainsi que des intervenants ont fait état de la possibilité d'établir des conseils à deux paliers, de réserver des sièges aux membres hors réserve des bandes ou d'instaurer des votes à double majorité sur certaines questions. Les appelantes soutiennent que le maintien d'une liste électorale sur laquelle seraient inscrits les membres hors réserve des bandes indiennes et l'établissement d'un système d'administration permettant de mettre en équilibre les droits des membres des bandes qui habitent les réserves et ceux des membres hors réserve impliquent des coûts et des difficultés considérables. Toutefois, elles ne présentent pas d'élément de preuve quant aux efforts qui auraient été déployés ou aux mécanismes qui auraient été envisagés et à leurs coûts, ni d'arguments ou de précédents au soutien de la conclusion que le déni complet du droit constitutionnel pourrait être justifié par de tels coûts et des inconvénients d'ordre administratif. Dans les circonstances, nous devons conclure qu'il n'a pas été démontré que l'atteinte peut être justifiée.

Pour ce qui est de la réparation, la Cour d'appel a dit être d'avis qu'il était préférable, en l'espèce, d'accorder une exemption constitutionnelle permanente à la bande de Batchewana plutôt que de déclarer le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* inconstitutionnel et inopérant de façon générale. Avec égards, nous devons exprimer notre désaccord avec cette solution. L'exemption constitutionnelle a été reconnue, mais de façon très limitée par notre Cour, comme une mesure de réparation destinée à protéger les intérêts d'une partie qui a réussi à faire déclarer inconstitutionnelle une disposition législative, lorsque la prise d'effet de la déclaration

Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 577. We do not think this is a case where a possible expansion of the constitutional exemption remedy should be considered. There is no evidence of special circumstances upon which this possibility might be raised. The evidence before the Court is that there are off-reserve members of most if not all Indian bands in Canada that are affected by s. 77(1) of the *Indian Act*, and no evidence of other rights that may be relevant in examining the effect of s. 77(1) with regard to any band other than the Batchewana Band. If another band could establish an Aboriginal right to restrict voting, as suggested by the Court of Appeal, that right would simply have precedence over the terms of the *Indian Act*; this is not a reason to restrict the declaration of invalidity to the Batchewana Band.

d'invalidité a été suspendue; voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 715 et 717; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 577. Nous ne croyons pas être en présence d'un cas où l'élargissement de la portée de cette réparation devrait être envisagé. Il n'y a aucune preuve de l'existence de circonstances spéciales permettant d'envisager cette possibilité. Il ressort de la preuve soumise à notre Cour que la plupart, voire la totalité des bandes au Canada comptent des membres hors réserve qui sont touchés par le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*. Par ailleurs, il n'y a aucune preuve de l'existence d'autres droits susceptibles d'être pertinents dans l'examen de l'effet du par. 77(1) sur quelque autre bande que celle de Batchewana. Si une autre bande pouvait établir l'existence d'un droit ancestral l'autorisant à restreindre le droit de vote, comme l'a laissé entendre la Cour d'appel, ce droit aurait tout simplement préséance sur les dispositions de la *Loi sur les Indiens*; ce n'est pas une raison pour restreindre l'application de la déclaration d'invalidité à la bande de Batchewana.

23

Where there is inconsistency between the *Charter* and a legislative provision, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides that the provision shall be rendered void to the extent of the inconsistency. We would declare the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) of the *Indian Act* to be inconsistent with s. 15(1) but suspend the implementation of this declaration for 18 months. We would not grant a constitutional exemption to the Batchewana Band during the period of suspension, as would normally be done according to the rule in *Schachter*. The reason for this is that in the particular circumstances of this case, it would appear to be preferable to develop an electoral process that will balance the rights of off-reserve and on-reserve band members. We have not overlooked the possibility that legislative inaction may create new problems. Such claims will fall to be dealt with on their merits should they arise.

En cas d'incompatibilité entre la *Charte* et une disposition législative, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet de rendre cette disposition inopérante. Nous sommes donc d'avis de déclarer les mots «et réside ordinairement sur la réserve» employés au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* incompatibles avec le par. 15(1), et de suspendre pour 18 mois la prise d'effet de cette déclaration. Nous ne sommes pas d'avis d'accorder une exemption constitutionnelle à la bande de Batchewana pendant la durée de la suspension de la prise d'effet, contrairement à ce qui est normalement le cas suivant la règle établie dans *Schachter*. La raison de cette décision est que, eu égard aux circonstances particulières du présent cas, il semble préférable d'élaborer un système électoral qui mettra en équilibre les droits des membres vivant hors des réserves et ceux des membres qui y résident. Nous avons tenu compte de la possibilité que l'inaction du législateur puisse créer de nouveaux problèmes. En cas de litiges de cette nature, ils seront tranchés à la lumière des faits qui leur sont propres.

We would therefore dismiss the appeal and modify the remedy by striking out the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) of the *Indian Act* and suspending the implementation of the declaration of invalidity for 18 months, with costs to the respondents. We would answer the restated constitutional questions as follows:

1. Do the words “and is ordinarily resident on the reserve” contained in s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either generally or with respect only to members of the Batchewana Indian Band?

Yes, in their general application.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 77(1) of the *Indian Act* demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci and Binnie JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — Section 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, defines voter eligibility in bands whose election regime is governed by the Act's provisions. The section requires band members to be at least 18 years old, and “ordinarily resident on the reserve” to be entitled to vote. This appeal requires a determination of whether the residence requirement violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, if so, whether the legislation is justified under s. 1 of the *Charter*. The appeal also requires the Court to consider whether the legislation violates s. 15 in relation only to the Batchewana Band, or whether the violation occurs generally, as well as the appropriate remedy, if any, for the violation.

En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de modifier la réparation en supprimant les mots «et réside ordinairement sur la réserve» employés au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* et en suspendant la prise d'effet de la déclaration d'invalidité pour 18 mois, avec dépens en faveur des intimés. Nous répondrions de la manière suivante aux questions constitutionnelles reformulées:

1. Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit de façon générale, soit uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana?

Oui, dans leur application générale.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est-il une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci et Binnie rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, fixe les conditions d'exercice du droit de vote pour les bandes dont le régime électoral est régi par les dispositions de la loi. Aux termes de ce paragraphe, a qualité pour voter tout membre de la bande qui est âgé d'au moins 18 ans et «réside ordinairement sur la réserve». Le présent pourvoi nous invite à décider si la condition relative au lieu de résidence contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si la disposition législative en litige est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La Cour doit aussi déterminer si cette disposition viole l'art. 15 uniquement en ce qui a trait à la bande de Batchewana ou si l'atteinte a une portée générale, et fixer, s'il y a lieu, la réparation qui convient.

I. Factual Background

26

The chiefs and councils of *Indian Act* bands, pursuant to the definition of “council of the band” in s. 2(1), are chosen following the band’s custom, or, if an order in council has been made under s. 74(1), by the procedures set out in the Act, including s. 77(1). The trial judge found that the policy of the Department of Indian and Northern Affairs Canada is that a band will not be deleted from the order in council placing it under the election procedures of the *Indian Act* unless the band council and the current “electors” so approve, either through a plebiscite or at a public meeting. Certain other conditions must also be met. The most recent order in council, the *Indian Bands Council Elections Order*, SOR/97-138, which came into effect on March 4, 1997, provides that 288 bands select their leadership in accordance with the *Indian Act*. This number represents just under half of the *Indian Act* bands in Canada.

27

The respondents are members of the Batchewana Indian Band, which has three reserves near the city of Sault Ste. Marie, Ontario: the Rankin, Goulais Bay, and Obadjiwan reserves. The Batchewana Band is included in the 1997 order in council, its councillors are not chosen in electoral sections, and voter eligibility for its elections is therefore governed by s. 77(1) of the *Indian Act*. The respondent John Corbiere resides on the Rankin Reserve, while the other three respondents are members of the Batchewana Band who do not live on any of the reserves. They take this action on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the band. Of the 1,426 members of the band who were registered in 1991, 958 members, or 67.2 percent, lived off-reserve. The Batchewana Band’s history, like that of many First Nations, involved the loss of most of its traditional land base. Prior to 1850, the Batchewana and other bands of the Ojibway occupied large areas of land along the eastern and northern shores of Lake Huron, the northern shore of Lake Superior, and

I. Le contexte factuel

Conformément à la définition de «conseil de la bande» au par. 2(1), les chefs et conseils des bandes auxquelles s’applique la *Loi sur les Indiens* sont choisis selon la coutume de la bande ou, si un arrêté a été pris en vertu du par. 74(1), selon les procédures prévues par la loi, notamment le par. 77(1). Le juge de première instance a conclu que, suivant la politique du ministère des Affaires Indiennes et du Nord canadien, une bande n’est retranchée de l’arrêté qui l’assujettit aux procédures électorales prévues par la *Loi sur les Indiens* que si le conseil de la bande et les «électeurs» inscrits approuvent une telle décision soit par plébiscite soit au cours d’une assemblée publique. Certaines autres conditions doivent également être respectées. Le plus récent arrêté, l’*Arrêté sur l’élection du conseil de bandes indiennes*, DORS/97-138, entré en vigueur le 4 mars 1997, indique que 288 bandes choisissent leurs dirigeants conformément à la *Loi sur les Indiens*. Ce nombre représente un peu moins de la moitié des bandes auxquelles s’applique la *Loi sur les Indiens* au Canada.

Les intimés sont membres de la bande Indienne de Batchewana, qui compte trois réserves près de la ville de Sault Ste. Marie, en Ontario: les réserves de Rankin, de Goulais Bay et d’Obadjiwan. Comme la bande de Batchewana est mentionnée dans l’*Arrêté* de 1997 et que ses conseillers ne sont pas élus par sections électorales, l’admissibilité à voter aux élections de la bande est donc régie par le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*. L’intimé John Corbiere réside dans la réserve de Rankin, tandis que les trois autres intimés sont des membres de la bande de Batchewana qui ne vivent dans aucune des réserves. Ils ont intenté la présente action en leur nom et au nom de tous les membres non résidents de la bande. Des 1 426 membres inscrits de la bande en 1991, 958 membres — soit 67,2 p. 100 — résidaient à l’extérieur des réserves. Tout comme celle de bon nombre d’autres premières nations, l’histoire de la bande de Batchewana a été marquée par la perte de la majeure partie de son assise territoriale traditionnelle. Avant 1850, la

various areas inland. In 1850, as part of the Robinson-Huron Treaty, this land was surrendered to the Crown and the Batchewana obtained a reserve of 246 square miles. In 1859, the band surrendered all of this reserve through the Pennefather treaty, leaving it only with Whitefish Island, a small island in the St. Marys River. Under this treaty, the band's members were promised that the band would be given land on the reserve of the Garden River Band near Sault Ste. Marie. This promise was never fulfilled. For 20 years, therefore, the band owned only approximately 15 acres of land.

After 1879, the band began to re-acquire land. In that year, the band council purchased what is now the Goulais Bay Reserve north of Sault Ste. Marie, and its size was increased by a donation from the Roman Catholic Church in 1885. When Whitefish Island was expropriated by three railway companies in 1900 and 1902, the Goulais Bay Reserve became the band's only land. Until the 1960s or early 1970s, therefore, most band members lived on the Garden River Reserve belonging to another band. In the 1940s, the band council, made up of and elected by non-residents, assembled land which became the Rankin Reserve in 1952. The main portion of this land is surrounded by the city of Sault Ste. Marie, and portions of it also border the St. Marys River and the Garden River Reserve. The third reserve, the Obadjiwan Reserve, which became part of the Batchewana Band's land base in 1962, is quite small and, like the Goulais Bay Reserve, is located in a rural area north of Sault Ste. Marie. The largest percentage of those who live on one of the band's reserves live on the Rankin Reserve.

Residence on the reserve was required, by law, for band members to be eligible to vote for band

bande de Batchewana et d'autres bandes d'Ojibway occupaient de vastes territoires sur les rives est et nord du lac Huron et sur la rive nord du lac Supérieur, ainsi que divers territoires à l'intérieur des terres. En 1850, dans le cadre du traité Robinson-Huron, ce territoire a été cédé à la Couronne et la bande de Batchewana a obtenu une réserve de 246 milles carrés. En 1859, par le traité Pennefather, la bande a cédé la totalité de cette réserve, se retrouvant avec seulement l'île Whitefish, une petite île de la rivière St. Marys. Dans ce traité, on promettait aux membres de la bande qu'on donnerait à celle-ci des terres dans la réserve de la bande de Garden River près de Sault Ste. Marie. Cette promesse n'a jamais été tenue. Pendant 20 ans, donc, la bande n'a possédé qu'environ 15 acres de terres.

Après 1879, la bande a commencé à acquérir de nouvelles terres. Cette année-là, le conseil de bande a acheté ce qui allait devenir la réserve de Goulais Bay au nord de Sault Ste. Marie. La superficie de cette réserve s'est accrue à la faveur d'une donation de l'Église catholique romaine en 1885. Quand l'île Whitefish a été expropriée par trois sociétés ferroviaires en 1900 et en 1902, la réserve de Goulais Bay est devenue la seule assise territoriale de la bande. Par conséquent, jusqu'aux années 1960 ou au début des années 1970, la plupart des membres de la bande ont vécu dans la réserve de Garden River, qui appartenait à une autre bande. Au cours des années 1940, le conseil de bande, qui était formé de non-résidents élus par des non-résidents, a réuni des terres qui sont devenues la réserve de Rankin en 1952. La majeure partie de cette réserve est entourée par la ville de Sault Ste. Marie, et certaines de ses parties longent également la rivière St. Marys et la réserve de Garden River. La troisième réserve, la réserve d'Obadjiwan, qui est venue compléter l'assise territoriale de la bande de Batchewana en 1962, a une très petite superficie et, tout comme la réserve de Goulais Bay, se trouve en zone rurale au nord de Sault Ste. Marie. La réserve de Rankin est celle qui compte le plus de résidents.

Depuis l'*Acte de l'avancement des Sauvages, 1884*, S.C. 1884, ch. 28, art. 5, les membres des

councils, beginning with *The Indian Advancement Act, 1884*, S.C. 1884, c. 28, s. 5. This requirement was also contained in *The Indian Advancement Act*, R.S.C. 1886, c. 44, s. 5(1), the *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, s. 172(b), and the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 163(a). In addition, band members were required to be over 21 and male. To vote on the surrender or release of land, historically, the requirement was not as strict, requiring, for example, residence “on or near” the lands in question (*An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordinance Lands*, S.C. 1868, c. 42, s. 8(1)) and later, requiring voters on these questions to be resident “on or near” and “interested in” the reserve (*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, s. 51(2)). Voter eligibility provisions similar to the present ones, though they provided for a minimum age of 21 years, were introduced in *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, ss. 2(1)(e) and 76(1). From the first election in 1902 until 1962, the residency requirement was not enforced in Batchewana Band elections. Since that time, only band members living on one of the three reserves have been allowed to vote.

bandes Indiennes sont tenus par la loi de résider dans la réserve pour être admis à voter à l'élection du conseil de bande. Cette exigence figurait également dans l'*Acte de l'avancement des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 44, par. 5(1), dans la *Loi des Sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, al. 172(b), et dans la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, al. 163a). En outre, seuls les membres de sexe masculin de la bande âgés de 21 ans révolus avaient droit de vote. Historiquement, pour voter sur la cession ou la rétrocession de terres, l'exigence n'était pas aussi stricte, puisqu'il fallait, par exemple, résider «sur les terres en question ou dans les environs» (*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42, par. 8(1)), et, plus tard, il fallait résider «dans ou près la réserve» ou «y avoir un intérêt» (*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, par. 51(2)). La *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, al. 2(1)e) et par. 76(1), a introduit, en matière d'admissibilité à voter, des dispositions semblables à celles qui sont présentement en vigueur, si ce n'est qu'elles fixaient à 21 ans l'âge minimum pour voter. Depuis la toute première élection en 1902, et ce jusqu'en 1962, la condition relative au lieu de résidence n'a pas été appliquée dans le cadre des élections de la bande de Batchewana. Depuis cette date, toutefois, seuls les membres de la bande qui vivent dans l'une des trois réserves sont autorisés à voter.

30

The number of Batchewana Band members has risen dramatically since 1985, and at the same time the percentage of band members living on the reserves has dramatically fallen. In 1985, 71.1 percent of the 543 registered members of the band lived on-reserve. In 1991, only 32.8 percent of the 1,426 registered members lived on the reserves. The parties agree that this trend is continuing. This dramatic increase in the number of off-reserve members occurred largely because of the passage of *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27 (“Bill C-31”), by Parliament. This legislation restored Indian status to most of those who had lost this status because of the operation of certain sections of the *Indian Act*, as well as to the descendants of such people. Prior to this legisla-

Le nombre de membres de la bande de Batchewana a augmenté de façon spectaculaire depuis 1985, et cette augmentation a été accompagnée d'une chute tout aussi abrupte du pourcentage des membres de la bande vivant dans les réserves. En 1985, 71,1 p. 100 des 543 membres inscrits de la bande vivaient dans les réserves. En 1991, seulement 32,8 p. 100 des 1 426 membres inscrits habitaient les réserves. Les parties s'entendent pour dire que cette tendance se poursuit. Cette augmentation spectaculaire du nombre de membres hors réserve est largement attribuable à l'adoption par le Parlement de la *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27 (le «projet de loi C-31»). Cette loi a rétabli dans leur statut d'Indien la plupart des personnes qui l'avaient perdu par

tion, women with Indian status who married non-Indian men lost their status, and their children did not get status, though men who married non-Indian women, and their children, maintained Indian status. Registered Indians who voluntarily “enfranchised” also lost Indian status. For the Batchewana Band, approximately 85 percent of the growth in band membership consisted of people who were reinstated to Indian status and band membership because of Bill C-31. Similar trends may be seen in many other bands.

II. Relevant Constitutional, Statutory, and Regulatory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

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

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

- (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and
- (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

l’effet de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*, ainsi que les descendants de ces personnes. Avant l’adoption de cette loi, les femmes Indiennes qui épousaient des hommes non Indiens perdaient leur statut et leurs enfants ne pouvaient pas l’obtenir, alors que les hommes qui mariaient des femmes non Indiennes et les enfants de ces unions le conservaient. Les Indiens inscrits qui choisissaient l’«émancipation» perdaient aussi leur statut. Dans le cas de la bande de Batchewana, environ 85 p. 100 des nouveaux membres sont des personnes qui, grâce au projet de loi C-31, ont été rétablies dans leur statut d’Indien et leur droit d’appartenir à la bande. Cette tendance peut être observée dans bon nombre d’autres bandes.

II. Les dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

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

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

- a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d’accords sur les revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

Constitution Act, 1982

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

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

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

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

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

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5

2. (1) In this Act,

“band” means a body of Indians

(a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,

(b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or

(c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;

“council of the band” means

(a) in the case of a band to which section 74 applies, the council established pursuant to that section,

(b) in the case of a band to which section 74 does not apply, the council chosen according to the custom of the band, or, where there is no council, the chief of the band chosen according to the custom of the band;

“elector” means a person who

(a) is registered on a Band List,

(b) is of the full age of eighteen years, and

Loi constitutionnelle de 1982

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

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

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

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

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

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5

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

«bande» Groupe d’Indiens, selon le cas:

a) à l’usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l’usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d’argent;

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l’application de la présente loi.

«conseil de la bande»

a) Dans le cas d’une bande à laquelle s’applique l’article 74, le conseil constitué conformément à cet article;

b) dans le cas d’une bande à laquelle l’article 74 n’est pas applicable, le conseil choisi selon la coutume de la bande ou, en l’absence d’un conseil, le chef de la bande choisi selon la coutume de celle-ci.

«électeur» Personne qui remplit les conditions suivantes:

a) être inscrit sur une liste de bande;

b) avoir dix-huit ans;

(c) is not disqualified from voting at band elections;

20. (1) No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

38. (1) A band may absolutely surrender to Her Majesty, conditionally or unconditionally, all of the rights and interests of the band and its members in all or part of a reserve.

39. (1) An absolute surrender or a designation is void unless

(a) it is made to Her Majesty;

(b) it is assented to by a majority of the electors of the band

(i) at a general meeting of the band called by the council of the band,

(ii) at a special meeting of the band called by the Minister for the purpose of considering a proposed absolute surrender or designation, or

(iii) by a referendum as provided in the regulations; and

(c) it is accepted by the Governor in Council.

64. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band

(a) to distribute *per capita* to the members of the band an amount not exceeding fifty per cent of the capital moneys of the band derived from the sale of surrendered lands;

(b) to construct and maintain roads, bridges, ditches and watercourses on reserves or on surrendered lands;

(c) to construct and maintain outer boundary fences on reserves;

(d) to purchase land for use by the band as a reserve or as an addition to a reserve;

(e) to purchase for the band the interest of a member of the band in lands on a reserve;

(f) to purchase livestock and farm implements, farm equipment or machinery for the band;

(g) to construct and maintain on or in connection with a reserve such permanent improvements or works as in the opinion of the Minister will be of permanent value to the band or will constitute a capital investment;

c) ne pas avoir perdu son droit de vote aux élections de la bande.

20. (1) Un Indien n'est légalement en possession d'une terre dans une réserve que si, avec l'approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

38. (1) Une bande peut céder à titre absolu à Sa Majesté, avec ou sans conditions, tous ses droits, et ceux de ses membres, portant sur tout ou partie d'une réserve.

39. (1) Une cession à titre absolu ou une désignation n'est valide que si les conditions suivantes sont réunies:

a) elle est faite à Sa Majesté;

b) elle est sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande:

(i) soit à une assemblée générale de la bande convoquée par son conseil,

(ii) soit à une assemblée spéciale de la bande convoquée par le ministre en vue d'examiner une proposition de cession à titre absolu ou de désignation,

(iii) soit au moyen d'un référendum comme le prévoient les règlements;

c) elle est acceptée par le gouverneur en conseil.

64. (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et prescrire la dépense de sommes d'argent au compte en capital de la bande:

a) pour distribuer *per capita* aux membres de la bande un montant maximal de cinquante pour cent des sommes d'argent au compte en capital de la bande, provenant de la vente de terres cédées;

b) pour construire et entretenir des routes, ponts, fossés et cours d'eau dans des réserves ou sur des terres cédées;

c) pour construire et entretenir des clôtures de délimitation extérieure sur les réserves;

d) pour acheter des terrains que la bande emploiera comme réserve ou comme addition à une réserve;

e) pour acheter pour la bande les droits d'un membre de la bande sur des terrains sur une réserve;

f) pour acheter des animaux, des instruments ou de l'outillage de ferme ou des machines pour la bande;

g) pour établir et entretenir dans une réserve ou à l'égard d'une réserve les améliorations ou ouvrages permanents qui, de l'avis du ministre, seront d'une valeur permanente pour la bande ou constitueront un placement en capital;

(h) to make to members of the band, for the purpose of promoting the welfare of the band, loans not exceeding one-half of the total value of

- (i) the chattels owned by the borrower, and
- (ii) the land with respect to which he holds or is eligible to receive a Certificate of Possession,

and may charge interest and take security therefor;

(i) to meet expenses necessarily incidental to the management of lands on a reserve, surrendered lands and any band property;

(j) to construct houses for members of the band, to make loans to members of the band for building purposes with or without security and to provide for the guarantee of loans made to members of the band for building purposes; and

(k) for any other purpose that in the opinion of the Minister is for the benefit of the band.

66. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of revenue moneys for any purpose that in the opinion of the Minister will promote the general progress and welfare of the band or any member of the band.

69. (1) The Governor in Council may by order permit a band to control, manage and expend in whole or in part its revenue moneys and may amend or revoke any such order.

74. (1) Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Minister may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

75. (1) No person other than an elector who resides in an electoral section may be nominated for the office of councillor to represent that section on the council of the band.

(2) No person may be a candidate for election as chief or councillor unless his nomination is moved and seconded by persons who are themselves eligible to be nominated.

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

h) pour consentir aux membres de la bande, en vue de favoriser son bien-être, des prêts n'excédant pas la moitié de la valeur globale des éléments suivants:

- (i) les biens meubles appartenant à l'emprunteur,
- (ii) la terre concernant laquelle il détient ou a le droit de recevoir un certificat de possession,

et percevoir des intérêts et recevoir des gages à cet égard;

i) pour subvenir aux frais nécessairement accessoires à la gestion de terres situées sur une réserve, de terres cédées et de tout bien appartenant à la bande;

j) pour construire des maisons destinées aux membres de la bande, pour consentir des prêts aux membres de la bande aux fins de construction, avec ou sans garantie, et pour prévoir la garantie des prêts consentis aux membres de la bande en vue de la construction;

k) pour toute autre fin qui, d'après le ministre, est à l'avantage de la bande.

66. (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et ordonner la dépense de sommes d'argent du compte de revenu à toute fin qui, d'après lui, favorisera le progrès général et le bien-être de la bande ou d'un de ses membres.

69. (1) Le gouverneur en conseil peut, par décret, permettre à une bande de contrôler, administrer et dépenser la totalité ou une partie de l'argent de son compte de revenu; il peut aussi modifier ou révoquer un tel décret.

74. (1) Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour qu'il désigne le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera constitué au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

75. (1) Seul un électeur résidant dans une section électorale peut être présenté au poste de conseiller pour représenter cette section au conseil de la bande.

(2) Nul ne peut être candidat à une élection au poste de chef ou de conseiller d'une bande, à moins que sa candidature ne soit proposée et appuyée par des personnes habiles elles-mêmes à être présentées.

77. (1) Un membre d'une bande, qui a au moins dix-huit ans et réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la

purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors.

(2) A member of a band who is of the full age of eighteen years and is ordinarily resident in a section that has been established for voting purposes is qualified to vote for a person nominated to be councillor to represent that section.

81. (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely:

- (a) to provide for the health of residents on the reserve and to prevent the spreading of contagious and infectious diseases;
- (b) the regulation of traffic;
- (c) the observance of law and order;
- (d) the prevention of disorderly conduct and nuisances;
- (e) the protection against and prevention of trespass by cattle and other domestic animals, the establishment of pounds, the appointment of pound-keepers, the regulation of their duties and the provision for fees and charges for their services;
- (f) the construction and maintenance of watercourses, roads, bridges, ditches, fences and other local works;
- (g) the dividing of the reserve or a portion thereof into zones and the prohibition of the construction or maintenance of any class of buildings or the carrying on of any class of business, trade or calling in any zone;
- (h) the regulation of the construction, repair and use of buildings, whether owned by the band or by individual members of the band;
- (i) the survey and allotment of reserve lands among the members of the band and the establishment of a register of Certificates of Possession and Certificates of Occupation relating to allotments and the setting apart of reserve lands for common use, if authority therefor has been granted under section 60;
- (j) the destruction and control of noxious weeds;
- (k) the regulation of bee-keeping and poultry raising;

réserve, aux fins d'élection, ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers.

(2) Un membre d'une bande, qui a dix-huit ans et réside ordinairement dans une section électorale établie aux fins d'élection, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée au poste de conseiller pour représenter cette section.

81. (1) Le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l'une ou l'ensemble des fins suivantes:

- a) l'adoption de mesures relatives à la santé des habitants de la réserve et les précautions à prendre contre la propagation des maladies contagieuses et infectieuses;
- b) la réglementation de la circulation;
- c) l'observation de la loi et le maintien de l'ordre;
- d) la répression de l'inconduite et des inconvénients;
- e) la protection et les précautions à prendre contre les empiétements des bestiaux et autres animaux domestiques, l'établissement de fourrières, la nomination de gardes-fourrières, la réglementation de leurs fonctions et la constitution de droits et redevances pour leurs services;
- f) l'établissement et l'entretien de cours d'eau, routes, ponts, fossés, clôtures et autres ouvrages locaux;
- g) la division de la réserve ou d'une de ses parties en zones, et l'interdiction de construire ou d'entretenir une catégorie de bâtiments ou d'exercer une catégorie d'entreprises, de métiers ou de professions dans une telle zone;
- h) la réglementation de la construction, de la réparation et de l'usage des bâtiments, qu'ils appartiennent à la bande ou à des membres de la bande pris individuellement;
- i) l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, et l'établissement d'un registre de certificats de possession et de certificats d'occupation concernant les attributions, et la mise à part de terres de la réserve pour usage commun, si l'autorisation à cet égard a été accordée aux termes de l'article 60;
- j) la destruction et le contrôle des herbes nuisibles;
- k) la réglementation de l'apiculture et de l'aviculture;

(l) the construction and regulation of the use of public wells, cisterns, reservoirs and other water supplies;

(m) the control or prohibition of public games, sports, races, athletic contests and other amusements;

(n) the regulation of the conduct and activities of hawkers, peddlers or others who enter the reserve to buy, sell or otherwise deal in wares or merchandise;

(o) the preservation, protection and management of fur-bearing animals, fish and other game on the reserve;

(p) the removal and punishment of persons trespassing on the reserve or frequenting the reserve for prohibited purposes;

(p.1) the residence of band members and other persons on the reserve;

(p.2) to provide for the rights of spouses and children who reside with members of the band on the reserve with respect to any matter in relation to which the council may make by-laws in respect of members of the band;

(p.3) to authorize the Minister to make payments out of capital or revenue moneys to persons whose names were deleted from the Band List of the band;

(p.4) to bring subsection 10(3) or 64.1(2) into effect in respect of the band;

(q) with respect to any matter arising out of or ancillary to the exercise of powers under this section; and

(r) the imposition on summary conviction of a fine not exceeding one thousand dollars or imprisonment for a term not exceeding thirty days, or both, for violation of a by-law made under this section.

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the

l) l'établissement de puits, citernes et réservoirs publics et autres services d'eau du même genre, ainsi que la réglementation de leur usage;

m) la réglementation ou l'interdiction de jeux, sports, courses et concours athlétiques d'ordre public et autres amusements du même genre;

n) la réglementation de la conduite et des opérations des marchands ambulants, colporteurs ou autres personnes qui pénètrent dans la réserve pour acheter ou vendre des produits ou marchandises, ou en faire un autre commerce;

o) la conservation, la protection et la régie des animaux à fourrure, du poisson et du gibier de toute sorte dans la réserve;

p) l'expulsion et la punition des personnes qui pénètrent sans droit ni autorisation dans la réserve ou la fréquentent pour des fins interdites;

p.1) la résidence des membres de la bande ou des autres personnes sur la réserve;

p.2) l'adoption de mesures relatives aux droits des conjoints ou des enfants qui résident avec des membres de la bande dans une réserve pour toute matière au sujet de laquelle le conseil peut établir des règlements administratifs à l'égard des membres de la bande;

p.3) l'autorisation du ministre à effectuer des paiements sur des sommes d'argent au compte de capital ou des sommes d'argent de revenu aux personnes dont les noms ont été retranchés de la liste de la bande;

p.4) la mise en vigueur des paragraphes 10(3) ou 64.1(2) à l'égard de la bande;

q) toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus par le présent article, ou qui y est accessoire;

r) l'imposition, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'une amende maximale de mille dollars et d'un emprisonnement maximal de trente jours, ou de l'une de ces peines, pour violation d'un règlement administratif pris aux termes du présent article.

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants:

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles

reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

(a.1) the licensing of businesses, callings, trades and occupations;

(b) the appropriation and expenditure of moneys of the band to defray band expenses;

(c) the appointment of officials to conduct the business of the council, prescribing their duties and providing for their remuneration out of any moneys raised pursuant to paragraph (a);

(d) the payment of remuneration, in such amount as may be approved by the Minister, to chiefs and councillors, out of any moneys raised pursuant to paragraph (a);

(e) the enforcement of payment of amounts that are payable pursuant to this section, including arrears and interest;

(e.1) the imposition and recovery of interest on amounts that are payable pursuant to this section, where those amounts are not paid before they are due, and the calculation of that interest;

(f) the raising of money from band members to support band projects; and

(g) with respect to any matter arising out of or ancillary to the exercise of powers under this section.

(2) An expenditure made out of moneys raised pursuant to subsection (1) must be so made under the authority of a by-law of the council of the band.

85.1 (1) Subject to subsection (2), the council of a band may make by-laws

(a) prohibiting the sale, barter, supply or manufacture of intoxicants on the reserve of the band;

(b) prohibiting any person from being intoxicated on the reserve;

(c) prohibiting any person from having intoxicants in his possession on the reserve; and

(d) providing for exceptions to any of the prohibitions established pursuant to paragraph (b) or (c).

situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

a.1) la délivrance de permis, de licences ou d'agréments aux entreprises, professions, métiers et occupations;

b) l'affectation et le déboursement de l'argent de la bande pour couvrir les dépenses de cette dernière;

c) la nomination de fonctionnaires chargés de diriger les affaires du conseil, en établissant leurs fonctions et prévoyant leur rétribution sur les fonds prélevés en vertu de l'alinéa a);

d) le versement d'une rémunération, pour le montant que le ministre peut approuver, aux chefs et conseillers, sur les fonds prélevés en vertu de l'alinéa a);

e) les mesures d'exécution forcée visant le recouvrement de tout montant qui peut être perçu en application du présent article, arrérages et intérêts compris;

e.1) l'imposition, pour non-paiement de tout montant qui peut être perçu en application du présent article, d'intérêts et la fixation, par tarif ou autrement, de ces intérêts;

f) la réunion de fonds provenant des membres de la bande et destinés à supporter des entreprises de la bande;

g) toute question qui découle de l'exercice des pouvoirs prévus par le présent article, ou qui y est accessoire.

(2) Toute dépense à faire sur les fonds prélevés en application du paragraphe (1) doit l'être sous l'autorité d'un règlement administratif pris par le conseil de la bande.

85.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le conseil d'une bande peut prendre des règlements administratifs en vue:

a) d'interdire la vente, le troc, la fourniture ou la fabrication de boissons alcoolisées sur la réserve de la bande;

b) d'interdire à toute personne d'être en état d'ivresse sur la réserve;

c) d'interdire à toute personne d'avoir en sa possession des boissons alcoolisées sur la réserve;

d) de prévoir des exceptions aux interdictions visées aux alinéas b) ou c).

Rules of the Supreme Court of Canada,
SOR/83-74

32. (1) Within 60 days after the filing of a notice of appeal, a party to an appeal who intends to raise a constitutional question shall apply to the Chief Justice or a judge to have the constitutional question stated, where the appeal raises a question of

(a) the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder;

(b) the inoperability of a statute of the Parliament of Canada or of a legislature of a province or of regulations made thereunder; or

(c) the constitutional validity or the constitutional applicability of a common law rule.

. . .

(4) The Chief Justice or a judge may state the question and direct service of the question on the Attorney General of Canada and the attorneys general of all the provinces and the ministers of justice of the governments of the territories within the time fixed by the Chief Justice or judge, together with notice that any of them who intends to intervene, whether or not the attorney general or minister of justice wishes to be heard, shall, within a time fixed in the notice that is not less than four weeks after the date of the notice, file a notice of intervention in Form C and serve that notice upon the parties.

III. Judgments

A. *Federal Court — Trial Division*, [1994] 1 F.C. 394

32

The only defendant represented at trial was Her Majesty the Queen: the Batchewana Band took no part in the trial. Strayer J. (as he then was) reviewed the history of the Batchewana Band's land holdings, and the structure of the *Indian Act* provisions setting out a band council's powers. He then considered the test for s. 15(1) set out by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. He held that the denial of the vote to non-residents of the Batchewana Band had a negative impact on those not ordinarily resident on the reserve. He noted the historical difficulties of the band in maintaining an

Règles de la Cour suprême du Canada,
DORS/83-74

32. (1) Dans les 60 jours suivant le dépôt de l'avis d'appel, la partie qui entend soulever une question constitutionnelle doit s'adresser au Juge en chef, ou à un autre juge, pour que soit formulée la question constitutionnelle lorsque:

a) la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale ou de l'un de leurs règlements d'application est contestée;

b) le caractère inopérant d'une loi fédérale ou d'une loi provinciale ou de l'un de leurs règlements d'application est plaidé.

c) la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une règle de common law est contestée.

. . .

(4) Le Juge en chef, ou un autre juge, peut formuler la question et en ordonner la signification, dans le délai qu'il fixe, au procureur général du Canada, aux procureurs généraux de toutes les provinces et aux ministres de la Justice des gouvernements des territoires, avec avis que ceux qui veulent intervenir — qu'ils aient ou non l'intention de plaider — doivent déposer dans le délai précisé dans l'avis, non inférieur à quatre semaines suivant la date de l'avis, un avis d'intervention conforme à la formule C et signifier cet avis aux parties.

III. Les jugements antérieurs

A. *Cour fédérale — Section de première instance*, [1994] 1 C.F. 394

Le seul défendeur représenté au procès était Sa Majesté la Reine; la bande de Batchewana n'a pas participé au procès. Le juge Strayer (maintenant juge de la Cour d'appel fédérale) a fait l'historique de l'assise territoriale de la bande de Batchewana et analysé l'organisation des dispositions de la *Loi sur les Indiens* énonçant les pouvoirs des conseils de bande. Il a ensuite examiné le test établi par notre Cour à l'égard du par. 15(1) dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Il a conclu que le refus d'accorder le droit de vote aux membres non résidents de la bande de Batchewana avait des

adequate land base, and therefore the inability of many of those who wished to live on the reserve to do so. He also noted that many of the band members who live off-reserve were restored to band membership because of Bill C-31. He emphasized that such people were mostly women, or the children of women who had been denied Indian status for marrying non-Indian men, and that others had lost their status for race-based reasons, having decided to enfranchise and exercise the full rights of a Canadian citizen. Strayer J. concluded that those not ordinarily resident on the Batchewana reserves therefore fell under an analogous ground.

He then examined the nature and purpose of the legislation, and held that he was required to determine whether it made distinctions based on irrelevant personal differences. He observed that certain of the powers of the band council relate purely to the administration of the reserve: for example, those powers enumerated in s. 81(1) of the *Indian Act*. He held that the evidence showed that most of the operational funding provided by the government and spent by the band council relates to local purposes, although he acknowledged that in certain aspects the disbursement of these funds affects non-residents. He found that for the powers of the band council that relate to the governance of the territory of the reserve, residency is an appropriate way to determine the right to vote.

He noted, however, that the voting restrictions in s. 77(1) also affect other decisions that do not relate only to the interests of reserve residents, but rather to the use and disposition of communal property. He held that for such matters, residency

répercussions négatives sur ceux qui ne résident pas ordinairement dans la réserve. Il a souligné les difficultés que la bande avait éprouvées dans le passé pour maintenir une assise territoriale suffisante et, de ce fait, l'impossibilité pour bon nombre de ceux qui voulaient vivre dans la réserve de s'y installer. Il a également fait remarquer que de nombreux membres de la bande vivant hors des réserves avaient recouvré leur droit d'appartenir à la bande grâce au projet de loi C-31. Il a souligné que ces personnes étaient surtout des femmes ou des enfants de femmes qui avaient perdu leur statut d'Indienne parce qu'elles avaient épousé des hommes non Indiens, ou encore des personnes qui avaient perdu leur statut pour des raisons fondées sur la race, parce qu'elles avaient décidé de s'émanciper et d'exercer leurs pleins droits de citoyens canadiens. Le juge Strayer a conclu que les personnes ne résidant pas ordinairement dans les réserves de la bande de Batchewana étaient visées par un motif analogue.

Il a ensuite examiné la nature et l'objectif de la mesure législative en cause et statué qu'il devait décider si celle-ci créait des distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles non pertinentes. Il a souligné que certains des pouvoirs dont le conseil de bande est investi, par exemple ceux énumérés au par. 81(1) de la *Loi sur les Indiens*, se rapportent uniquement à l'administration de la réserve. Il a conclu qu'il ressortait de la preuve que la plus grande partie du budget de fonctionnement accordé par le gouvernement à la bande et dépensé par cette dernière est affectée à des objets locaux, reconnaissant toutefois que certaines de ces dépenses ont des répercussions sur les membres non résidents. En ce qui concerne les pouvoirs du conseil de bande se rapportant à l'administration du territoire de la réserve, il a conclu que l'application de la condition relative au lieu de résidence est une façon appropriée de déterminer qui a le droit de voter.

Il a toutefois fait remarquer que les restrictions au droit de vote prévues par le par. 77(1) touchent également d'autres décisions, qui ne concernent pas uniquement les intérêts des résidents de la réserve, par exemple celles portant sur l'usage et

33

34

is an irrelevant personal characteristic. He identified three provisions, in particular, where all band members' interests are implicated and which are affected by s. 77(1): votes to surrender reserve lands under s. 39(1)(b), and the powers of the band council under ss. 64(1) and 66(1). In short, Strayer J. concluded that as it related to the disposition of reserve lands or Indian monies held for the band as a whole, the definition in s. 77(1) violated s. 15(1), but for functions relating solely to governance of the reserve territory, s. 15(1) was not violated.

l'aliénation des biens de la communauté. Il a estimé que, pour ce qui est de ces questions, le lieu de résidence est une caractéristique personnelle non pertinente. Il a mentionné trois dispositions en particulier qui ont des répercussions sur les intérêts de l'ensemble des membres de la bande et qui sont touchées par l'application du par. 77(1): les votes sur la cession de terres de la réserve tenus en application de l'al. 39(1)(b), et les pouvoirs conférés au conseil de bande par les par. 64(1) et 66(1). Bref, le juge Strayer a conclu que, dans la mesure où elle concerne la façon de disposer des terres de la réserve ou de sommes d'argent des Indiens détenues au profit de l'ensemble de la bande, la définition donnée au par. 77(1) porte atteinte au par. 15(1), mais que, relativement aux fonctions se rapportant uniquement à l'administration du territoire de la réserve, il n'y avait pas de violation du par. 15(1).

35 Strayer J. then turned to justification under s. 1. He held that for the functions affecting all band members, there was no appropriate justification advanced as to why only certain band members should have control over the property belonging to all band members. He found that, given his finding that s. 15(1) was infringed, it was not necessary to consider the respondents' claim under s. 2(d), freedom of association.

Le juge Strayer a ensuite abordé la question de la justification au regard de l'article premier. Il a estimé que, en ce qui a trait aux fonctions touchant l'ensemble des membres de la bande, aucune justification appropriée n'avait été présentée afin d'expliquer pourquoi seuls certains membres de la bande devraient jouir d'un droit de regard sur les biens qui appartiennent à l'ensemble des membres. Il a statué que, comme il avait conclu à la violation du par. 15(1), il n'était pas nécessaire d'examiner l'argument des intimés fondé sur l'al. 2d), la liberté d'association.

36 Strayer J. issued a declaration that s. 77(1) violates s. 15(1) of the *Charter*, "insofar as it has the effect of preventing members of the Batchewana Indian Band who are not ordinarily resident on any of that band's reserves from participating in the giving or refusal of assent of the band pursuant to paragraph 39(1)(b) of that Act or from being represented by persons for whom they have an opportunity to vote in the giving of consent on behalf of the band to the expenditure of Indian moneys under subsections 64(1) and 66(1) of the *Indian Act*", and suspended the order until July 1, 1994. In his reasons, he noted that the declaration was confined to the Batchewana Band because the pleadings and the evidence related only to that band. He

Le juge Strayer a prononcé un jugement déclaratoire portant que le par. 77(1) contrevient au par. 15(1) de la *Charte*, «dans la mesure où il a pour effet d'empêcher les membres de la bande Indienne de Batchewana qui ne résident pas ordinairement sur l'une des réserves de la bande de participer à l'octroi ou au refus de la sanction de la bande exigée à l'alinéa 39(1)b) de la Loi, ou d'être représentés par ceux pour qui ils ont l'occasion de voter lorsqu'est donné au nom de la bande le consentement à la dépense de l'argent des Indiens sous le régime des paragraphes 64(1) et 66(1) de la *Loi sur les Indiens*», et il a suspendu la prise d'effet de l'ordonnance jusqu'au 1^{er} juillet 1994. Dans ses motifs, il a souligné que l'application du jugement

also noted that though he had described the effects of the legislation which were impermissible, the declaration was for the invalidity of s. 77(1) in its entirety.

B. *Federal Court of Appeal*, [1997] 1 F.C. 689

The judgment of the Court of Appeal panel consisting of Stone, Linden, and McDonald J.J.A. was delivered by the court. The court first considered arguments of the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council that the right to control a band's own membership and the incidents of that membership, including voting rights, constituted an Aboriginal right guaranteed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The court noted that under the test for Aboriginal rights as set out in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, this determination depends on the particular Aboriginal community claiming the right, and also requires evidence that a practice was integral to the distinctive culture of the Aboriginal community before the time of contact with Europeans. The court found that there was no evidence in the record that would demonstrate that the Batchewana Band had a s. 35 Aboriginal right to exclude certain members from voting, since elections for the band had only been held since 1902. The court then addressed the possibility that s. 25 of the *Charter* might affect the s. 15 analysis. It held that since no s. 35 right was involved, and since the *Indian Act* system of elections could not be considered one of the "other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada", s. 25 was not triggered.

The court then turned to the analysis under s. 15(1). It held that the denial of the vote to off-reserve band members constituted a denial of a benefit, since the right to vote is central to having a voice in the democratic governance of the band of which they are members. The court stated that the benefit which was denied related not only to the

déclaratoire se limitait à la bande de Batchewana, étant donné que les actes de procédure et la preuve présentés ne concernaient que celle-ci. Il a aussi indiqué que, bien qu'il ait décrit les effets de la mesure législative qui étaient inacceptables, la déclaration d'invalidité visait le par. 77(1) dans sa totalité.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1997] 1 C.F. 689

Le jugement des membres de la Cour d'appel fédérale qui ont entendu l'affaire, en l'occurrence les juges Stone, Linden et McDonald, a été rendu par la cour. Celle-ci a d'abord étudié les arguments de l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council selon lesquels le droit de la bande de décider qui peut être membre et profiter des avantages se rattachant à cette qualité, notamment le droit de vote, est un droit ancestral garanti par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour d'appel fédérale a souligné que, selon le critère applicable à l'égard des droits ancestraux énoncé dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, l'existence d'un tel droit dépend de la communauté autochtone qui revendique le droit et exige la preuve qu'une pratique faisait partie intégrante de la culture distinctive de cette communauté avant le contact avec les Européens. La cour a jugé qu'il n'y avait au dossier aucun élément de preuve démontrant que la bande de Batchewana possédait le droit ancestral, au sens de l'art. 35, de refuser le droit de vote à certains de ses membres, puisqu'elle ne tenait des élections que depuis 1902. La cour a ensuite examiné la possibilité que l'art. 25 de la *Charte* puisse jouer un rôle dans l'analyse fondée sur l'art. 15. Elle a statué que, comme aucun droit garanti par l'art. 35 n'était en cause et que le régime électoral établi par la *Loi sur les Indiens* ne pouvait pas être considéré comme l'un des «autres» droits ou libertés des peuples autochtones du Canada, l'art. 25 ne s'appliquait pas.

La cour a ensuite entrepris l'analyse fondée sur le par. 15(1). Elle a jugé que le refus d'accorder le droit de vote aux membres hors réserve constituait le déni d'un avantage, parce que ce droit est un élément central de la capacité de participer au gouvernement démocratique de la bande à laquelle ils appartiennent. La cour a indiqué que l'avantage

37

38

powers specified in Strayer J.'s judgment, but also to the other powers of the band council: to make by-laws under s. 81(1) of the *Indian Act*. It noted that many of the council's s. 81(1) powers could affect both on-reserve and off-reserve band members.

ainsi refusé se rapportait non seulement aux pouvoirs spécifiés dans le jugement du juge Strayer, mais également aux autres pouvoirs du conseil de bande découlant du pouvoir de faire des règlements administratifs en vertu du par. 81(1) de la *Loi sur les Indiens*. Elle a souligné que bon nombre des pouvoirs conférés au conseil par le par. 81(1) pouvaient avoir des répercussions tant sur les membres de la bande habitant les réserves que sur ceux vivant hors réserve.

39 The court examined whether the denial of this benefit was discriminatory. It began with an examination of whether non-residency on a reserve could constitute an analogous ground. The court noted that the question of whether an analogous ground exists is a contextual one, which must be determined by examining whether distinctions on that ground could affect the human dignity of the claimant. It held that a stereotype had been attached to those living off-reserve, since many had characterized them as being unworthy of trust in using their electoral power for the benefit of the band. The court emphasized that many in this group had suffered from historical disadvantage, because large numbers of them were deprived of band membership because of discriminatory legislation that was later remedied by Bill C-31. Finally, it held that off-reserve band members are generally politically powerless. Based on these factors, it determined that an analogous ground was at issue. The court also concluded that the distinction was discriminatory, since it engaged the purpose of s. 15(1). It stressed that the distinction was discriminatory in relation to all powers of the band, not only those not related to the governance of the reserve territory.

La cour a examiné la question de savoir si le déni de cet avantage était discriminatoire. Elle s'est d'abord demandée si la non-résidence dans une réserve constituait un motif analogue. Elle a fait remarquer que l'existence d'un motif analogue est une question contextuelle, qu'il faut trancher en se demandant si les distinctions fondées sur ce motif peuvent porter atteinte à la dignité de la personne qui invoque la *Charte*. La cour a jugé qu'un stéréotype avait été attribué aux personnes vivant hors réserve, car bien des gens considéraient qu'on ne pouvait leur faire confiance pour utiliser leur pouvoir électoral dans l'intérêt de la bande. La cour a souligné que de nombreuses personnes appartenant à ce groupe avaient souffert d'un désavantage historique, étant donné que bon nombre d'entre elles avaient été exclues de la bande en raison de dispositions législatives discriminatoires auxquelles le projet de loi C-31 a remédié. Finalement, elle a jugé que les membres hors réserve de la bande sont généralement sans pouvoir politique. À la lumière de ces facteurs, elle a conclu à l'existence d'un motif analogue. La cour a également conclu que la distinction était discriminatoire puisqu'elle contrevenait à l'objectif du par. 15(1). Elle a précisé que la distinction était discriminatoire relativement à l'ensemble des pouvoirs de la bande, et non seulement à l'égard de ceux qui ne se rapportent pas à l'administration du territoire de la réserve.

40 The court held that the legislation was not justified under s. 1. It concluded that the goal of the legislation is "to establish a voting regime in which all those who are affected by the outcome of the vote are entitled to participate" (para. 59). The court decided that there was no rational connection

La Cour d'appel fédérale a statué que la disposition législative en cause n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Elle a conclu que la disposition avait pour objectif «d'instaurer un régime électoral auquel tous ceux qui sont touchés par l'issue du scrutin ont le droit de participer»

between the legislation and this objective, since non-resident members are bound by the decisions of the chief and council, in relation to all the council's powers.

The court determined that the appropriate remedy in this case was a constitutional exemption. It held that this was appropriate “[i]n the unusual and special circumstances of this case” (para. 76). This order was warranted, the court decided, because other bands might be able to demonstrate an Aboriginal right under s. 35 to exclude non-residents from voting. If a s. 35 Aboriginal right were demonstrated, the court suggested, the interaction of s. 25 with s. 15(1) would mean that the analysis would proceed differently. It also noted that in the context of other bands, more justificatory evidence under s. 1 might be presented. Concluding that Aboriginal rights should be determined on a case-by-case basis, it found that the exemption should be granted under the court's powers under s. 24(1) of the *Charter*. The court determined that the declaration of invalidity would not be suspended.

By order of Stone J.A., the judgment of the Court of Appeal was stayed pending a decision by this Court on leave to appeal: (1996), 206 N.R. 122. By order of Gonthier J. on November 24, 1998, a further stay was granted until judgment was rendered by this Court.

IV. Issues

Two constitutional questions have been stated in this appeal:

1. Do the words “and is ordinarily resident on the reserve” contained in s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with respect only to members of the Batchewana Indian Band?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 77(1) of the *Indian Act* a reasonable limit on the

(par. 59). La cour a décidé qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre la disposition et cet objectif, puisque les membres non résidents sont liés par les décisions du chef et du conseil, et ce relativement à tous les pouvoirs du conseil.

La Cour d'appel fédérale a jugé que la réparation convenable était une exemption constitutionnelle, «[c]ompte tenu des circonstances inusitées et spéciales de la présente affaire» (par. 76). Cette ordonnance était justifiée, selon la cour, parce que d'autres bandes pourraient réussir à établir l'existence d'un droit ancestral visé à l'art. 35 leur permettant d'interdire aux membres non résidents de voter. Si l'existence d'un droit ancestral visé à l'art. 35 était établie, d'indiquer la cour, l'interaction de l'art. 25 et du par. 15(1) aurait pour effet de modifier l'analyse. Elle a aussi fait remarquer que, dans le contexte d'autres bandes, une preuve plus abondante tendant à justifier la restriction au regard de l'article premier pourrait être présentée. Concluant que les droits ancestraux doivent faire l'objet d'une évaluation au cas par cas, elle a statué qu'il y avait lieu d'accorder l'exemption en vertu des pouvoirs que lui confère le par. 24(1) de la *Charte*. La cour a décidé de ne pas suspendre la prise d'effet de la déclaration d'invalidité.

Sur ordonnance du juge Stone, il a été sursis à l'exécution du jugement de la Cour d'appel en attendant la décision de notre Cour sur la demande d'autorisation de pourvoi: (1996), 206 N.R. 122. Sur ordonnance du juge Gonthier datée du 24 novembre 1998, un sursis supplémentaire a été accordé jusqu'à ce que notre Cour statue sur l'affaire.

IV. Les questions en litige

Deux questions constitutionnelles ont été formulées dans le présent pourvoi:

1. Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* restreint-il dans

41

42

43

rights of members of the Batchewana Indian Band, and so not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

des limites raisonnables les droits des membres de la bande Indienne de Batchewana, de telle façon qu'il n'est pas incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

44 Five principal issues must be determined:

Cinq questions principales doivent être tranchées:

- (1) the approach to be taken to the s. 15 analysis in this case, given that the legislation was alleged to violate the *Charter* only in the circumstances of the Batchewana Band;
- (2) the effect of s. 25 of the *Charter* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982* on the s. 15(1) analysis in this case;
- (3) whether the impugned legislation violates s. 15(1);
- (4) if s. 15(1) is infringed, whether it is justified under s. 1 of the *Charter*;
- (5) if necessary, the appropriate remedy.

- (1) Quelle approche doit-êtré suivie dans l'analyse fondée sur l'art. 15 en l'espèce, étant donné que l'on plaide que la disposition législative contestée ne viole la *Charte* que dans les circonstances propres à la bande de Batchewana?
- (2) Quel est l'effet de l'art. 25 de la *Charte* et de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* sur l'analyse fondée sur le par. 15(1) dans la présente affaire?
- (3) La disposition législative contestée viole-t-elle le par. 15(1)?
- (4) S'il y a violation du par. 15(1), cette violation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?
- (5) Au besoin, quelle est la réparation convenable?

V. Analysis

A. *Should the Section 15 Analysis Focus Only on the Batchewana Band?*

V. L'analyse

A. *L'analyse fondée sur l'art. 15 devrait-elle porter uniquement sur la situation de la bande de Batchewana?*

45 A preliminary question is whether the s. 15(1) analysis should focus on the Batchewana Band in particular, or on the legislation as it applies in general, to all bands affected by s. 77(1). At trial, the focus was on the particular situation of the Batchewana Band, since the respondents asked only for a constitutional exemption applying to their band.

La question préliminaire suivante se pose: L'analyse fondée sur le par. 15(1) devrait-elle porter sur la situation de la bande de Batchewana en particulier, ou sur la disposition législative dans son application générale, c'est-à-dire à toutes les bandes visées par le par. 77(1)? En première instance, l'analyse s'est attachée à la situation particulière de la bande de Batchewana, puisque les intimés sollicitaient une exemption constitutionnelle s'appliquant uniquement à leur bande.

46 However, examining only the circumstances of the Batchewana Band in the s. 15(1) analysis would be to presume that the appropriate remedy is a constitutional exemption. As the guardians of the rights in the *Charter*, it is courts' duty to ensure that a remedy is given that is commensurate with the extent of the violation that has been found, and

Toutefois, le fait de limiter l'examen à la situation de la bande de Batchewana dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(1) reviendrait à présumer que la réparation convenable est l'exemption constitutionnelle. En leur qualité de gardiens des droits garantis par la *Charte*, les tribunaux ont l'obligation de veiller à ce que la réparation

to determine the appropriate remedy. Before considering any question of constitutional exemption, therefore, the general application of the legislation, and the available evidence relating to that general application, should be examined. Only if there is no evidence of general invalidity will it be necessary to consider the specific circumstances of the Batchewana Band and, therefore, the doctrine of constitutional exemption.

The appellants argue that such an analysis would be improper because of the manner in which this case was presented at trial, which addressed specifically the circumstances of the Batchewana Band. However, the plaintiffs' statement of claim, in its allegations relating to the equality claim, alleged discrimination on the face of the legislation, and did not relate this only to the particular context of the Batchewana Band. Therefore, discrimination in s. 77(1) as it applies generally has been at issue since the beginning of these proceedings. Issues surrounding the question of the constitutionality of the legislation as it applies generally have been addressed by the parties and by the interveners in their submissions before this Court, and a general analysis was conducted by the Court of Appeal in its decision. Therefore, an analysis of the constitutionality of the law in its general application will not take any parties by surprise.

The constitutional questions, as formulated, address only the situation of the members of the Batchewana Band. It must therefore be determined whether considering the application of the legislation in a general sense and the possibility of a remedy other than constitutional exemption is foreclosed by the formulation of the constitutional questions. When the constitutional validity or applicability of legislation is challenged, a constitutional question must be stated by the Chief Justice or a judge of this Court, pursuant to Rule 32(1) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, though the parties are "generally left

accordée soit proportionnée à l'atteinte constatée, et de déterminer la réparation convenable. Par conséquent, avant d'aborder la question de l'exemption constitutionnelle, il faut examiner l'application générale de la disposition législative en cause, ainsi que la preuve disponible à cet égard. Ce n'est qu'en l'absence de preuve d'invalidité générale qu'il sera nécessaire de prendre en considération la situation particulière de la bande de Batchewana et, par conséquent, la doctrine de l'exemption constitutionnelle.

Les appelantes soutiennent qu'il serait inopportun de faire une telle analyse en raison de la manière dont la présente affaire a été plaidée en première instance, où l'on s'est attaché spécifiquement à la situation de la bande de Batchewana. Toutefois, parmi les allégations contenues dans leur déclaration concernant les droits à l'égalité, les demandeurs ont plaidé la discrimination ressortant du texte de loi lui-même et ils n'ont pas rattaché cette prétention à la situation particulière de la bande de Batchewana. Par conséquent, la question de la discrimination découlant de l'application générale du par. 77(1) est en litige depuis le tout début de la présente affaire. Les parties et les intervenants ont traité des aspects connexes de la question de la constitutionnalité du texte de loi dans son application générale dans les mémoires qu'ils ont présentés à notre Cour, et la Cour d'appel a procédé à une analyse générale dans sa décision. En conséquence, les parties ne seront pas prises au dépourvu par l'analyse de la constitutionnalité de la loi dans son application générale.

Les questions constitutionnelles, telles qu'elles ont été formulées, ne visent que la situation des membres de la bande de Batchewana. Il faut donc se demander si la formulation des questions constitutionnelles fait obstacle à l'examen de l'application de la mesure législative en général et à la possibilité d'une réparation différente de l'exemption constitutionnelle. En cas de contestation de la validité ou de l'applicabilité constitutionnelle d'une mesure législative, une question constitutionnelle doit être formulée par le Juge en chef ou un autre juge de notre Cour, conformément au par. 32(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada*,

47

48

wide latitude” in formulating the questions which will be stated: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 71. However, this Court has held that it is not bound by the precise wording of the constitutional question. For example, in *Bisaillon* at p. 72, this Court reworded one of the stated constitutional questions to make it more narrow. In *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, the parties were unable to agree on the provisions implicated by a constitutional challenge and therefore all of the affected provisions were not included in the constitutional questions. In its formal judgment, reported at [1997] 3 S.C.R. 389, the Court subsequently made an order affecting the constitutional applicability of several sections of the challenged legislation not included in the constitutional question as stated.

DORS/83-74, quoiqu’«[u]ne grande latitude [soit] généralement laissée» aux parties dans la formulation des questions constitutionnelles: *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 71. Toutefois, notre Cour a statué qu’elle n’est pas liée par le texte précis d’une question constitutionnelle. Par exemple, dans l’arrêt *Bisaillon*, à la p. 72, la Cour a reformulé une des questions constitutionnelles pour en restreindre la portée. Dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, comme les parties étaient incapables de s’entendre sur l’identité des dispositions visées par le litige constitutionnel, les diverses dispositions en cause n’avaient pas toutes été mentionnées dans les questions constitutionnelles. Dans son jugement formel, publié à [1997] 3 R.C.S. 389, la Cour a rendu subséquemment une ordonnance concernant l’applicabilité de plusieurs dispositions des textes de loi contestés qui n’avaient pas été mentionnées dans les questions constitutionnelles formulées.

49

In B. A. Crane and H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 1998* (1997), at p. 225, the authors note that the purpose of stating constitutional questions is to ensure that the Attorney General of Canada, the attorneys general of the provinces, and the ministers of justice of the territories are made aware of constitutional challenges as required by Rule 32(4), so that they may decide whether or not to exercise their right to intervene. I agree with this characterization of the purpose of the provision, and would add that it also constitutes a signal to the parties and other potential interveners about the constitutional issues being addressed. In my opinion, the jurisdiction of the Court to restate constitutional questions, or make a declaration of invalidity broader than that contained within them, is appropriately exercised when doing so does not, in substance, deprive attorneys general of their right to notice of the fact that the constitutionality of a given legislative provision is at issue in this Court, or deprive those who have a stake in the outcome of the opportunity to argue the substantive issues relating to this question.

Dans B. A. Crane et H. S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice 1998* (1997), à la p. 225, les auteurs soulignent que la formulation de questions constitutionnelles a pour objet de faire en sorte que le procureur général du Canada, les procureurs généraux des provinces et les ministres de la justice des gouvernements des territoires soient avisés, comme l’exige le par. 32(4) des Règles, de l’existence d’un litige constitutionnel, de façon à pouvoir décider s’ils vont exercer ou non leur droit d’intervenir. Je souscris à cette description de l’objet de cette disposition, et j’ajouterais qu’elle constitue également un moyen de signaler aux parties et à d’éventuels intervenants les questions constitutionnelles qui seront examinées. À mon avis, la Cour exerce de façon appropriée son pouvoir de reformuler des questions constitutionnelles ou de prononcer une déclaration d’invalidité de portée plus large que celle demandée dans les questions lorsque, ce faisant, elle ne prive pas les procureurs généraux de leur droit d’être avisés du fait que la constitutionnalité d’une disposition législative donnée est contestée devant notre Cour, et elle ne prive pas ceux qui sont concernés par l’issue du litige de la possibilité de se faire entendre sur les questions de fond se rapportant à cette question.

Here, the constitutional question that was served on the appropriate parties pursuant to Rule 32, though it did contain the words “with respect only to members of the Batchewana Indian Band”, constituted notice to all attorneys general that the constitutional validity of the residency requirement for voting contained in the *Indian Act* was at issue. The remedy preferred by the federal Crown in this case, if there is to be one, is for a general declaration to be made rather than a constitutional exemption, and this was argued in its factum and oral argument. As emphasized above, the issues relating to the general application of s. 77(1) were argued and discussed before us and in the Federal Court of Appeal by the parties and by interveners. Despite the wording of the question, it was clear that this Court, when analysing the situation of the Batchewana Band, might set down principles that would apply to other bands. I do not believe, therefore, that any substantive prejudice has been caused to attorneys general or anyone else by the wording of the question, or that they would reasonably have made a different decision about exercising their right to intervene. In the circumstances, therefore, I will restate the constitutional questions as follows:

1. Do the words “and is ordinarily resident on the reserve” contained in s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either generally or with respect only to members of the Batchewana Indian Band?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 77(1) of the *Indian Act* demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

B. Sections 25 and 35

The effects of s. 25 of the *Charter* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, are raised by the intervenor the Lesser Slave Lake Indian Regional Council (the “Council”), but this issue was not addressed by either of the appellants or by the

En l'espèce, la question constitutionnelle qui a été signifiée aux parties visées, conformément à l'art. 32 de Règles, quoique comportant les mots «mais uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana», constituait un avis à tous les procureurs généraux que la validité constitutionnelle de la condition relative au lieu de résidence prévue par la *Loi sur les Indiens* pour l'exercice du droit de vote était en litige. La réparation que préconise le gouvernement fédéral en l'espèce, si une réparation doit être accordée, est une déclaration générale plutôt qu'une exemption constitutionnelle, et il a fait état de cette préférence tant dans son mémoire que dans ses plaidoiries. Comme je l'ai souligné plus tôt, les divers aspects de la question de l'application générale du par. 77(1) ont été plaidés et débattus devant nous et devant la Cour d'appel fédérale par les parties et les intervenants. Malgré le texte de la question, il était évident que notre Cour, dans l'analyse de la situation de la bande de Batchewana, pourrait établir des principes qui s'appliqueraient à d'autres bandes. Par conséquent, je ne crois pas que les procureurs généraux ou quelque autre intéressé aient subi un préjudice concret en raison du texte de la question, ou qu'ils auraient raisonnablement pris une décision différente en ce qui concerne leur droit d'intervenir. Dans les circonstances, je reformule donc ainsi les questions constitutionnelles:

1. Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit de façon générale, soit uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est-il une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

B. Les articles 25 et 35

La question des effets des art. 25 de la *Charte* et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été soulevée par l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council (le «Conseil»), mais n'a pas été abordée par les appelantes ni par les intimés. Le

respondents. The Council argues that the restriction of voting rights to those who are ordinarily resident on the reserve constitutes a codification of Aboriginal or treaty rights under s. 35, or falls under the “other rights or freedoms” protected under s. 25, and that, therefore, s. 25 requires that s. 15 be interpreted so as not to abrogate or derogate from those rights in any way. It suggests that for this reason the impugned provisions are shielded from review. In contrast, the intervenor the Native Women’s Association of Canada argues that s. 25 guides the interpretation of other *Charter* rights so that the rights of Aboriginal peoples cannot be challenged by non-Aboriginal people, but it does not shield Aboriginal rights from challenge by members of the Aboriginal community.

Conseil soutient que la restriction du droit de vote aux personnes qui résident ordinairement dans la réserve constitue la codification d’un droit — ancestral ou issus de traité — visé à l’art. 35 ou d’«autres» droits ou libertés protégés par l’art. 25, et que, par conséquent, l’art. 25 interdit toute interprétation de l’art. 15 qui entraînerait une atteinte à ces droits. Le Conseil prétend que, pour cette raison, les dispositions attaquées sont soustraites à l’examen. Par contraste, l’intervenante l’Association des femmes autochtones du Canada plaide que l’art. 25 sert de guide dans l’interprétation des autres droits garantis par la *Charte*, de façon à ce que les droits des peuples autochtones ne puissent être contestés par des non-autochtones, ce qui ne les met toutefois pas à l’abri de contestations par des membres de la communauté autochtone.

52

The arguments of the Council do not, in my opinion, indicate that the relief requested by the respondents could “abrogate or derogate” from the rights included in s. 25. Section 25 is triggered when s. 35 Aboriginal or treaty rights are in question, or when the relief requested under a *Charter* challenge could abrogate or derogate from “other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada”. This latter phrase indicates that the rights included in s. 25 are broader than those in s. 35, and may include statutory rights. However, the fact that legislation relates to Aboriginal people cannot alone bring it within the scope of the “other rights or freedoms” included in s. 25. The Council argues that s. 77(1) protects or recognizes rights guaranteed by s. 35 including Aboriginal title, treaty rights, and Aboriginal rights of self-government. It also alleges that s. 77(1) is a statutory right that protects bands’ self-determination and self-government. The Council’s arguments relating to s. 25 rest, in large part, on the assertion that Bill C-31 violates Aboriginal and treaty rights, a matter which is not before this Court and in relation to which no evidence has been presented. In my opinion,

Les arguments du Conseil n’indiquent pas, à mon avis, que la réparation sollicitée par les intimés pourrait «porter atteinte» aux droits visés à l’art. 25. Cet article s’applique lorsque des droits ancestraux ou issus de traités garantis par l’art. 35 sont en litige, ou quand la réparation demandée dans le cadre d’une contestation fondée sur la *Charte* pourrait porter atteinte à d’«autres» droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Ce passage montre que les droits visés à l’art. 25 sont plus étendus que ceux visés à l’art. 35, et qu’il peut s’agir de droits d’origine législative. Cependant, le seul fait qu’une mesure législative concerne les autochtones ne la fait pas entrer dans le champ d’application des «autres» droits ou libertés visés à l’art. 25. Le Conseil soutient que le par. 77(1) protège ou reconnaît des droits garantis par l’art. 35, notamment le titre aborigène, les droits issus de traités ainsi que les droits ancestraux à l’autonomie gouvernementale. Il affirme également que le par. 77(1) crée en faveur des bandes un droit d’origine législative à l’autodétermination et à l’autonomie gouvernementale. Les arguments du Conseil en ce qui concerne l’art. 25 reposent en grande partie sur la thèse que le projet de loi C-31 contrevient à des droits ancestraux et issus de traités, question dont notre Cour n’est pas saisie et à l’égard de laquelle aucun élément de preuve n’a été présenté. En conséquence, je suis d’avis que les observations

therefore, the submissions of the Council do not show that s. 25 is triggered in this case.

Because it has not been shown to apply, and argument on this question was extremely limited, it would be inappropriate to articulate, in this case, a general approach to s. 25. In particular, I will not decide how the words “shall not be construed so as to abrogate or derogate” affect the analysis under other *Charter* provisions when the section is triggered, or whether s. 25 “shields” the rights it includes from the application of the *Charter*. I also find it unnecessary to decide the scope of the “other rights or freedoms” protected by the section. These questions will be determined when the issues directly arise and the Court has heard full argument on them.

I emphasize, however, that as I will discuss below, the contextual approach to s. 15 requires that the equality analysis of provisions relating to Aboriginal people must always proceed with consideration of and respect for Aboriginal heritage and distinctiveness, recognition of Aboriginal and treaty rights, and with emphasis on the importance for Aboriginal Canadians of their values and history.

C. Section 15(1) Analysis

(1) The Section 15(1) Framework

In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, Iacobucci J. discussed the framework within which s. 15(1) analysis must be carried out. As set out in para. 88 of *Law*, an inquiry into whether legislation violates s. 15(1) involves three broad inquiries:

- (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant’s already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantially differential treatment between the

du Conseil n’établissent pas que l’art. 25 s’applique dans la présente affaire.

Étant donné qu’on n’a pas fait la preuve de l’application de l’art. 25 et que l’argumentation sur cette question a été extrêmement limitée, il ne conviendrait pas d’énoncer, en l’espèce, une approche générale à l’égard de l’art. 25. En particulier, je ne me prononcerai pas sur l’incidence des mots «ne porte pas atteinte» sur l’analyse effectuée en vertu d’autres dispositions de la *Charte* lorsque l’art. 25 s’applique, ou sur la question de savoir si cet article «protège» les droits qu’il vise contre l’application de la *Charte*. J’estime également qu’il n’est pas nécessaire de statuer sur la portée des «autres» droits ou libertés protégés par cet article. Ces questions seront tranchées lorsqu’elles seront directement soulevées et que notre Cour aura eu l’avantage d’arguments exhaustifs à leur sujet.

Toutefois, je dois souligner, et c’est une question dont je vais traiter plus loin, que l’approche contextuelle applicable à l’égard de l’art. 15 commande que l’analyse du caractère égalitaire des dispositions se rapportant aux Autochtones prenne en compte et respecte le patrimoine et la spécificité autochtones, ainsi que la reconnaissance des droits ancestraux et issus de traités, et mette l’accent sur l’importance qu’ont pour les Canadiens d’origine autochtone, leurs valeurs et leur histoire.

C. L’analyse fondée sur le par. 15(1)

(1) Le cadre de l’analyse fondée sur le par. 15(1)

Dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, le juge Iacobucci a examiné le cadre de l’analyse fondée sur le par. 15(1). Comme on le précise au par. 88 de l’arrêt *Law*, pour déterminer si une loi contrevient au par. 15(1), il faut répondre à trois questions:

- (A) La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi

53

54

55

claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

(B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

(C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect and consideration?

une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

(B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

(C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

56 At all three of these stages, it must be recognized that the focus of the inquiry is purposive and contextual (see, e.g., *Law, supra*, at para. 41). A court considering a discrimination claim must examine the legislative, historical, and social context of the distinction, the reality and experiences of the individuals affected by it, and the purposes of s. 15(1).

(2) First Stage: Differential Treatment

57 The first stage of inquiry is easily satisfied in the present case. Section 77(1) of the *Indian Act* draws a distinction between band members who live on-reserve and those who live off-reserve, by excluding the latter from the definition of "elector" within the band. This constitutes differential treatment.

(3) Second Stage: Analogous Grounds

58 The differential treatment in this case is based on the status of holding membership in an *Indian Act* band, but living off that band's reserve. This combination of traits does not fall under one of the enumerated or already recognized analogous grounds. The fundamental consideration at the second stage, if the ground is not enumerated or already recognized as analogous, is whether

À chacune de ces trois étapes, l'examen est axé sur l'objet et sur le contexte (voir, par exemple, l'arrêt *Law*, précité, au par. 41). Le tribunal qui est saisi d'une allégation de discrimination doit examiner le contexte législatif, historique et social de la distinction en cause, la réalité et l'expérience vécues par les personnes touchées par cette distinction, ainsi que les objets du par. 15(1).

(2) Première étape: la différence de traitement

La première étape de l'analyse est aisément franchie en l'espèce. Le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* établit une distinction entre les membres des bandes qui vivent dans les réserves et ceux qui vivent en dehors de celles-ci, en excluant ces derniers de la définition d'«électeur» pour les élections de la bande. Cette distinction constitue une différence de traitement.

(3) Deuxième étape: les motifs analogues

En l'espèce, la différence de traitement est celle à laquelle sont soumises les personnes qui ont la qualité de membres d'une bande au sens de la *Loi sur les Indiens* mais qui vivent en dehors de la réserve de cette bande. Cette combinaison de caractéristiques n'est visée par aucun motif énuméré ou motif analogue déjà reconnu. Si l'on n'est pas en présence d'un motif énuméré ou d'un motif

recognition of the basis of differential treatment as an analogous ground would further the purposes of s. 15(1): *Law, supra*, at para. 93. These purposes are, as stated at para. 51 of *Law*:

[T]o prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

The analysis at the analogous grounds stage involves considering whether differential treatment of those defined by that characteristic or combination of traits has the potential to violate human dignity in the sense underlying s. 15(1): *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 171, *per Cory J.* In *Law*, the concept of human dignity as it relates to s. 15(1) was described by Iacobucci J., at para. 53, as follows:

Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological empowerment and integrity. Human dignity is harmed by unfair treatment premised on personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law.

The analogous grounds inquiry, like the other two stages of analysis, must be undertaken in a purposive and contextual manner: *Law, supra*, at para. 41. The “nature and situation of the individ-

analogue déjà reconnu, la considération fondamentale à la deuxième étape est la question de savoir si la reconnaissance du fondement de la différence de traitement comme motif analogue favoriserait la réalisation des objets du par. 15(1): *Law*, précité, au par. 93. Ces objets, tels que formulés dans l’arrêt *Law*, précité, au par. 51, se lisent:

[E]mpêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et [...] favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

Dans le cadre de l’analyse à l’étape des motifs analogues, il faut se demander si la différence de traitement à laquelle sont soumises les personnes définies par cette caractéristique ou combinaison de caractéristiques est susceptible de porter atteinte au droit à la dignité humaine qui sous-tend le par. 15(1): *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 171, motifs du juge Cory. Dans l’arrêt *Law*, le juge Iacobucci a décrit ainsi, au par. 53, le concept de dignité humaine en regard du par. 15(1):

La dignité humaine signifie qu’une personne ou un groupe ressent du respect et de l’estime de soi. Elle relève de l’intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n’ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d’égalité, la dignité humaine n’a rien à voir avec le statut ou la position d’une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu’une personne se sente face à une loi donnée.

Tout comme aux deux autres étapes de l’analyse, l’examen prévu à l’étape des motifs analogues doit être fait en fonction de l’objet et du contexte: *Law*, précité, au par. 41. Il faut également considérer la

ual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of that group" must be considered: *Law, supra*, at para. 93. As stated by Wilson J. in *Andrews, supra*, at p. 152, cited with approval in *Law* at para. 29, the determination of whether a ground qualifies as analogous under s. 15(1):

... is not to be made only in the context of the law which is subject to challenge but rather in the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society. While legislatures must inevitably draw distinctions among the governed, such distinctions should not bring about or reinforce the disadvantage of certain groups and individuals by denying them the rights freely accorded to others.

«nature et [...] la situation de la personne ou du groupe en cause et [l]es antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne»: *Law, précité*, au par. 93. Comme l'a affirmé le juge Wilson dans l'arrêt *Andrews, précité*, à la p. 152, propos cités avec approbation dans l'arrêt *Law*, au par. 29, la conclusion qu'un motif peut être qualifié d'analogue pour l'application du par. 15(1):

... ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée mais plutôt en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société. Bien que les législatures doivent inévitablement établir des distinctions entre les gouvernés, ces distinctions ne devraient pas causer des désavantages à certains groupes ou individus, ni renforcer les désavantages dont ils sont victimes, en les privant des droits consentis librement aux autres.

60

Various contextual factors have been recognized in the case law that may demonstrate that the trait or combination of traits by which the claimants are defined has discriminatory potential. An analogous ground may be shown by the fundamental nature of the characteristic: whether from the perspective of a reasonable person in the position of the claimant, it is important to their identity, personhood, or belonging. The fact that a characteristic is immutable, difficult to change, or changeable only at unacceptable personal cost may also lead to its recognition as an analogous ground: *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 148; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 90. It is also central to the analysis if those defined by the characteristic are lacking in political power, disadvantaged, or vulnerable to becoming disadvantaged or having their interests overlooked: *Andrews, supra*, at p. 152; *Law, supra*, at para. 29. Another indicator is whether the ground is included in federal and provincial human rights codes: *Miron, supra*, at para. 148. Other criteria, of course, may also be considered in subsequent cases, and none of the above indicators are necessary for the recognition

Les tribunaux ont reconnu divers facteurs contextuels susceptibles d'aider à déterminer si la caractéristique ou la combinaison de caractéristiques qui définit les demandeurs pourrait être source de discrimination. L'existence d'un motif analogue peut ressortir de la nature fondamentale de la caractéristique en cause, en d'autres mots: Est-ce que, considérée du point de vue d'une personne raisonnable dans la situation du demandeur, cette caractéristique est importante pour leur identité, leur personnalité ou leur sentiment d'appartenance. Le fait qu'une caractéristique soit immuable, difficile à changer ou modifiable uniquement à un prix personnel inacceptable peut également entraîner sa reconnaissance comme motif analogue: *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au par. 148; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au par. 90. Un autre élément central de l'analyse est la question de savoir si les personnes définies par la caractéristique sont dépourvues de pouvoir politique, défavorisées ou susceptibles de le devenir ou de voir leurs intérêts négligés: *Andrews, précité*, à la p. 152; *Law, précité*, au par. 29. Un indice supplémentaire est le fait que le motif soit inclus ou non dans les lois fédérales et provinciales sur les droits et libertés de la personne: *Miron, précité*, au par. 148. De plus, d'autres critères pourront évidemment être pris en considération dans des affaires subséquentes, et aucun des indices

of an analogous ground or combination of grounds: *Miron, supra*, at para. 149.

I should also note that if indicia of an analogous ground are not present in general, or among a certain group in Canadian society, they may nevertheless be present in another social or legislative context, within a different group in Canadian society, or in a given geographic area, to give only a few examples. Here, to illustrate, the nature of the decisions band members make about whether to live on or off a reserve are different from those made by many other Canadians in relation to their place of residence. So are other factors related to the analogous grounds analysis that still affect them. The second stage must therefore be flexible enough to adapt to stereotyping, prejudice, or denials of human dignity and worth that might occur in specific ways for specific groups of people, to recognize that personal characteristics may overlap or intersect (such as race, band membership, and place of residence in this case), and to reflect changing social phenomena or new or different forms of stereotyping or prejudice. As this Court unanimously held in *Law, supra*, at para. 73: "The possibility of new forms of discrimination denying essential human worth cannot be foreclosed".

Here, several factors lead to the conclusion that recognizing off-reserve band member status as an analogous ground would accord with the purposes of s. 15(1). From the perspective of off-reserve band members, the choice of whether to live on- or off-reserve, if it is available to them, is an important one to their identity and personhood, and is therefore fundamental. It involves choosing

susmentionnés n'est nécessaire à la reconnaissance d'un motif analogue ou d'une combinaison de motifs analogues: *Miron*, précité, au par. 149.

Je dois également souligner que, si certains indices de l'existence d'un motif analogue ne sont pas présents de façon générale, au sein d'un certain groupe de la société canadienne, ils peuvent néanmoins l'être dans un contexte social ou législatif différent, à l'intérieur d'un groupe différent de la société canadienne, ou dans une région donnée, pour ne donner que quelques exemples. Pour illustrer ce point en l'espèce, mentionnons le fait que la nature des décisions que prennent les membres des bandes indiennes lorsqu'ils se demandent s'ils vont vivre ou non dans la réserve diffère de celles que prennent bon nombre de Canadiens relativement au choix de leur lieu de résidence. Il en va de même pour d'autres facteurs relatifs à l'analyse des motifs analogues qui continuent d'avoir une incidence sur les membres des bandes indiennes. La deuxième étape doit alors être suffisamment souple pour tenir compte des stéréotypes, des préjugés et des dénis de dignité humaine et d'égalité de valeur des individus dont peuvent être victimes de certaines façons des groupes précis, ainsi que du fait que des caractéristiques personnelles peuvent se chevaucher ou s'entrecroiser (par exemple, en l'espèce, la race, la qualité de membre d'une bande indienne et le lieu de résidence), et pour refléter soit l'évolution des phénomènes sociaux soit l'apparition de nouveaux stéréotypes ou préjugés ou la manifestation, sous des formes différentes, de ceux qui existent déjà. Ainsi que l'a statué à l'unanimité notre Cour dans l'arrêt *Law*, précité, au par. 73: «On ne peut éliminer à l'avance la possibilité que de nouvelles formes de discrimination viennent nier la valeur essentielle de l'être humain».

Dans le présent cas, plusieurs facteurs amènent à conclure que la reconnaissance, comme motif analogue, de la qualité de membre hors réserve d'une bande Indienne serait compatible avec les objets du par. 15(1). Du point de vue des membres hors réserve des bandes Indiennes, la décision de vivre dans la réserve ou à l'extérieur de celle-ci, si ce choix leur est ouvert, est importante pour leur

61

62

whether to live with other members of the band to which they belong, or apart from them. It relates to a community and land that have particular social and cultural significance to many or most band members. Also critical is the fact that as discussed below during the third stage of analysis, band members living off-reserve have generally experienced disadvantage, stereotyping, and prejudice, and form part of a “discrete and insular minority” defined by race and place of residence. In addition, because of the lack of opportunities and housing on many reserves, and the fact that the *Indian Act*’s rules formerly removed band membership from various categories of band members, residence off the reserve has often been forced upon them, or constitutes a choice made reluctantly or at high personal cost. For these reasons, the second stage of analysis has been satisfied, and “off-reserve band member status” is an analogous ground. It will hereafter be recognized as an analogous ground in any future case involving this combination of traits. I note that in making this determination, I make no findings about “residence” as an analogous ground in contexts other than as it affects band members who do not live on the reserve of the band to which they belong.

(4) Third Stage of Analysis

63

At the third stage, the appropriate focus is on how, in the context of the legislation and Canadian society, the particular differential treatment impacts upon the people affected by it. This requires examining whether the legislation conflicts with the purposes of s. 15(1): to recognize all individuals and groups as equally deserving, worthy, and valuable, to remedy stereotyping, disadvantage and prejudice, and to ensure that all are treated as equally important members of Canadian

identité et leur personnalité et revêt donc un caractère fondamental. Cette décision les oblige à choisir entre vivre avec les autres membres de la bande à laquelle ils appartiennent ou vivre à l’écart de ceux-ci. Elle se rattache à une communauté et à un territoire qui ont une importance sociale et culturelle significative pour plusieurs ou la plupart des membres de la bande. Constitue également un facteur crucial, le fait que, comme nous le verrons ci-après au cours de la troisième étape de l’analyse, les membres hors réserve des bandes indiennes ont généralement souffert de désavantages, stéréotypes et préjugés, et font partie d’une «minorité discrète et isolée», définie par la race et le lieu de résidence. En outre, en raison du manque de débouchés et de logements qui sévit dans de nombreuses réserves et du fait que, auparavant, la *Loi sur les Indiens* retirait à diverses catégories de membres la qualité de membre d’une bande indienne, les personnes qui vivent à l’extérieur de la réserve n’ont bien souvent pas eu le choix à cet égard ou, si elles l’ont eu, elles n’ont pris leur décision qu’à contrecœur ou qu’à un prix très élevé sur le plan personnel. Pour ces raisons, la seconde étape de l’analyse est satisfaite, et la «qualité de membre hors réserve d’une bande indienne» est un motif analogue. Elle sera par conséquent reconnue comme telle dans toute affaire ultérieure mettant en cause cette combinaison de caractéristiques. Je tiens à souligner qu’en statuant ainsi je ne tire aucune conclusion relativement à la possibilité que le «lieu de résidence» constitue un motif analogue dans des contextes autres que ceux où il a une incidence sur les membres d’une bande indienne qui n’habitent pas la réserve de la bande à laquelle ils appartiennent.

(4) La troisième étape de l’analyse

À la troisième étape, il convient de mettre l’accent sur l’effet qu’a la différence de traitement particulière sur les personnes touchées, dans le contexte de la mesure législative contestée et de la société canadienne. À cette fin, il faut se demander si la mesure législative contestée est incompatible avec les objectifs du par. 15(1) qui sont: reconnaître que les divers groupes et individus sont tous aussi méritants, dignes de reconnaissance et valables les uns que les autres; remédier aux

society. Determining whether legislation violates these purposes requires examining the legislation in the context in which it applies, with attention to the interests it affects, and the situation and history in Canadian society of those who are treated differentially by it. It must be examined how “a person legitimately feels when confronted with a particular law”: *Law, supra*, at para. 53.

The perspective that must be adopted in making this determination is subjective and objective: *Law, supra*, at paras. 59-61; *Egan, supra*, at para. 56, *per* L'Heureux-Dubé J. It must be considered whether a reasonable person possessed of similar traits to the claimant would find that the legislation imposes a burden or withholds a benefit from him or her

in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration. . . .

(*Law, supra*, at para. 88.)

The analysis of discriminatory impact must be conducted with a careful eye to the context of who is affected by the legislation and how it affects them.

I would emphasize that the “reasonable person” considered by the subjective-objective perspective understands and recognizes not only the circumstances of those like him or her, but also appreciates the situation of others. Therefore, when legislation impacts on various groups, particularly if those groups are disadvantaged, the subjective-objective perspective will take into account the particular experiences and needs of all of those groups.

stéréotypes, désavantages et préjudices; et faire en sorte que chacun soit traité comme un membre de la société canadienne aussi important que tous les autres. Pour déterminer si une disposition législative porte atteinte à ces objectifs, il faut l'examiner à l'intérieur du contexte dans lequel elle s'applique, en s'attachant aux droits qu'elle touche ainsi qu'à la situation et à l'histoire, dans la société canadienne, de ceux qu'elle traite d'une façon différente. Il faut s'interroger sur la façon dont «il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée»: *Law, précité*, au par. 53.

Il faut, dans le cadre de cet examen, adopter un point de vue à la fois subjectif et objectif: *Law, précité*, aux par. 59 à 61; *Egan, précité*, au par. 56, motifs du juge L'Heureux-Dubé. Il faut se demander si une personne raisonnable, possédant les mêmes caractéristiques que le demandeur, estimerait que la mesure législative en cause lui impose un fardeau ou la prive d'un avantage

d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération. . .

(*Law, précité*, au par. 88.)

L'analyse de l'effet discriminatoire doit être effectuée en accordant une attention particulière au contexte des personnes touchées par la loi en cause et à la façon dont celle-ci a une incidence sur ces personnes.

Je tiens à souligner que la «personne raisonnable» prise en considération dans cette analyse subjective-objective comprend et admet non seulement la situation des personnes qui sont comme elle, mais elle est également sensible à la situation d'autrui. Par conséquent, dans les cas où une mesure législative produit des effets sur divers groupes, spécialement si ces groupes sont défavorisés, cette analyse subjective-objective tiendra compte des expériences et besoins particuliers de chacun de ces groupes.

64

65

66

Before turning to the specific contextual factors enumerated by Iacobucci J. in *Law*, it is worth mentioning one additional factor important to the particular circumstances of this appeal. Section 77(1) implicates, in a direct way that does not affect other Canadians, the interests of two groups who have generally experienced “pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping, or prejudice”: *Law, supra*, at para. 63. All band members affected by this legislation, whether on-reserve or off-reserve, have been affected by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples.

Avant d’aborder les facteurs contextuels énumérés par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, il convient de mentionner un autre facteur important dans le cadre du présent pourvoi. Le paragraphe 77(1) met en cause, directement et d’une manière qui ne touche pas les autres Canadiens, les intérêts de deux groupes qui ont, de façon générale, souffert de «la préexistence d’un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés»: *Law*, précité, au par. 63. Tous les membres de la bande touchés par cette mesure législative, qu’ils résident ou non dans les réserves, subissent les effets de l’héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones.

67

When analysing a claim that involves possibly conflicting interests of minority groups, one must be especially sensitive to their realities and experiences, and to their values, history, and identity. This is inherent in the nature of a subjective-objective analysis, since a court is required to consider the perspective of someone possessed of similar characteristics to the claimant. Thus, in the case of equality rights affecting Aboriginal people and communities, the legislation in question must be evaluated with special attention to the rights of Aboriginal peoples, the protection of the Aboriginal and treaty rights guaranteed in the Constitution, the history of Aboriginal people in Canada, and with respect for and consideration of the cultural attachment and background of all Aboriginal women and men. It must also always be remembered that s. 15(1) provides for the “unremitting protection” of the right to equality, in whatever context the analysis takes place, whether there is one disadvantaged or minority group affected or more than one: see *Andrews, supra*, at p. 175; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1326. In addition, it must be recalled that all the circumstances must always be evaluated from the perspective of a person with similar characteristics to the claimant, fully informed of the circumstances.

Dans l’analyse d’une demande mettant en cause des intérêts potentiellement opposés de groupes minoritaires, il faut être particulièrement sensible à leurs réalités et à leurs expériences, ainsi qu’à leurs valeurs, à leur histoire et à leur identité. Il s’agit d’une démarche inhérente à l’analyse subjective-objective, puisque le tribunal doit prendre en considération le point de vue d’une personne possédant les mêmes caractéristiques que le demandeur. Ainsi, en ce qui concerne les droits à l’égalité qui touchent les peuples et les communautés autochtones, il faut évaluer la mesure législative contestée en accordant une attention spéciale aux droits des peuples autochtones, à la protection des droits ancestraux ou issus de traités garantis par la Constitution ainsi qu’à l’histoire des autochtones au Canada, et en faisant montre de respect et de considération à l’égard de la culture de tous les autochtones — hommes et femmes — et de leur attachement à cette culture. Il faut toujours garder à l’esprit que le par. 15(1) assure la «protection constante» du droit à l’égalité, quel que soit le contexte dans lequel l’analyse a lieu, et qu’il y ait un ou plusieurs groupes défavorisés ou minoritaires qui soient touchés: voir *Andrews*, précité, à la p. 175; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1326. De plus, il convient de rappeler que, dans tous les cas, il faut évaluer l’ensemble des circonstances du point de vue d’une personne qui possède les mêmes caractéristiques que le demandeur et qui est bien informée de ces circonstances.

I am aware, of course, that issues have been raised about the constitutionality of distinctions created by the *Indian Act* between band members and non-band members within the Aboriginal community. One such issue was dealt with in Bill C-31, discussed below. While the discussion of context which follows necessarily touches on the experiences of Aboriginal peoples generally, the decision in this case relates only to the constitutionality of the voting distinctions made within bands themselves by s. 77(1) of the *Indian Act*.

Since equality is a comparative concept, the analysis must consider the person relative to whom the claimant is being treated differentially: *Law*, *supra*, at para. 56. I accept the claimants' argument that the comparison here is between band members living on- and off-reserve, since these are the two groups whom the legislation treats differentially on its face. This denies the benefit of voting for band leadership to members of bands affected by s. 77(1) who do not live on a reserve. Because of the groups involved, the Court must also be attentive to the fact that there may be unique disadvantages or circumstances facing on-reserve band members. However, no evidence has been presented that would suggest that the legislation, in purpose or effect, ameliorates the position of band members living on-reserve, and therefore I find it unnecessary to consider the third contextual factor outlined in *Law*. I turn now to the particular contextual factors outlined in *Law* which may indicate that the legislation conflicts with the purposes of s. 15(1).

(a) *Disadvantage, Vulnerability, Stereotyping, and Prejudice*

Groups or individuals who are generally subject to unfair treatment in society because of their characteristics or circumstances are already demeaned

Je suis consciente, évidemment, que certaines questions ont été soulevées relativement à la constitutionnalité des distinctions créées par la *Loi sur les Indiens* entre les membres et les non-membres d'une bande au sein de la communauté autochtone. Une de ces questions a été réglée dans le projet de loi C-31, qui est examiné plus loin. Bien que, dans l'examen du contexte dont je discute plus loin, il soit nécessairement question des expériences des peuples autochtones en général, la décision dans la présente affaire ne porte que sur la constitutionnalité des distinctions relatives à l'exercice du droit de vote qui sont établies au sein des bandes elles-mêmes par le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*.

Étant donné que l'égalité est un concept relatif, il faut, dans l'analyse, prendre en considération la personne par rapport à laquelle le demandeur est traité différemment: *Law*, précité, au par. 56. J'accepte l'argument des demandeurs selon lequel la comparaison se fait, en l'espèce, entre les membres habitant les réserves et les membres vivant hors de celles-ci, puisqu'il s'agit des deux groupes qui sont traités différemment par le texte même de la disposition législative. Cette situation a pour effet de dénier aux membres n'habitant pas les réserves le bénéfice du droit de voter à l'élection des dirigeants de bandes visées au par. 77(1). En raison de l'identité des groupes concernés, la Cour doit, en outre, être attentive à la possibilité qu'il existe des désavantages ou circonstances qui soient propres aux membres habitant les réserves. Toutefois, il n'y a aucune preuve de nature à suggérer que, par son objet ou ses effets, la mesure législative contestée améliore la situation des membres des bandes habitant les réserves. J'estime donc qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième facteur contextuel énoncé dans l'arrêt *Law*. Je vais maintenant discuter des facteurs contextuels particuliers énoncés dans l'arrêt *Law* qui pourraient indiquer que la disposition législative contestée est incompatible avec les objets du par. 15(1).

a) *Désavantage, vulnérabilité, stéréotypes et préjugés*

Les groupes ou personnes qui font généralement l'objet d'un traitement injuste dans la société du fait de leurs caractéristiques ou de leur situation

68

69

70

in dignity, and further differential treatment of them is more likely to have a discriminatory impact, since it often perpetuates or increases that disadvantage: *Law, supra*, at para. 63. Pre-existing disadvantage, stereotyping, and vulnerability are important to the analysis in this case in three particular ways.

souffrent déjà dans leur dignité, et le fait de se voir infliger une différence de traitement additionnelle risque davantage d'avoir sur eux un effet discriminatoire, puisqu'elle aura souvent pour effet de perpétuer ou d'accentuer ce désavantage: *Law, précité*, au par. 63. La préexistence d'un désavantage, d'un stéréotype et de vulnérabilité est un facteur important dans l'analyse, et ce pour trois raisons particulières.

71 First, band members living off-reserve form part of a "discrete and insular minority", defined by both race and residence, which is vulnerable and has at times not been given equal consideration or respect by the government or by others in Canadian or Aboriginal society. Decision makers have not always considered the perspectives and needs of Aboriginal people living off reserves, particularly their Aboriginal identity and their desire for connection to their heritage and cultural roots. As noted by the Royal Commission on Aboriginal Peoples,

Premièrement, les membres hors réserve des bandes indiennes font partie d'une «minorité discrète et isolée», qui est définie tant par sa race que par son lieu de résidence, qui est vulnérable et qui, à l'occasion ne s'est pas vu accorder l'égalité de respect ou de considération par le gouvernement ou par d'autres personnes au sein des sociétés canadienne et autochtone. Les décideurs ne tiennent pas toujours compte des points de vue et des besoins des autochtones qui vivent à l'extérieur des réserves, particulièrement en ce qui concerne leur identité autochtone et leur désir de maintenir des liens avec leur patrimoine et leurs racines culturelles. Comme l'a souligné la Commission royale sur les peuples autochtones:

[b]efore the Commission began its work, however, little attention had been given to identifying and meeting the needs, interests and aspirations of urban Aboriginal people. Little thought had been given to improving their circumstances, even though their lives were often desperate, and relations between Aboriginal people and the remainder of the urban population were fragile, if not hostile.

Toutefois, avant que la Commission n'entreprenne ses travaux, peu d'efforts avaient été faits pour cerner et satisfaire les besoins, les intérêts et les aspirations véritables des autochtones citoyens. Même si ceux-ci étaient souvent en proie au désespoir et entretenaient avec le reste des citoyens des rapports fragiles, voire hostiles, c'est à peine si l'on s'était efforcé d'améliorer leurs conditions de vie.

The information and policy vacuum can be traced at least in part to long-standing ideas in non-Aboriginal culture about where Aboriginal people 'belong'.

L'absence de stratégie et de recherche à leur égard peut être attribuée, du moins en partie, aux idées enracinées dans la culture non autochtone en ce qui concerne le milieu où les autochtones devraient vivre.

(*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 4, *Perspectives and Realities*, at p. 519.)

(*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 4, *Perspectives et réalités*, à la p. 583.)

Similarly, there exist general stereotypes in society relating to off-reserve band members. People have often been only seen as "truly Aboriginal" if they live on reserves. The Royal Commission wrote:

De même, il existe, dans la société, des stéréotypes généraux relativement aux membres hors réserve des bandes indiennes. Souvent, seules les personnes vivant dans les réserves sont considérées comme les «vrais autochtones». La Commission a écrit ceci:

MANY CANADIANS THINK of Aboriginal people as living on reserves or at least in rural areas. This perception is deeply rooted and persistently reinforced. . . .

. . . There is a history in Canada of putting Aboriginal people 'in their place' on reserves and in rural communities. Aboriginal cultures and mores have been perceived as incompatible with the demands of industrialized urban society. This leads all too easily to the assumption that Aboriginal people living in urban areas must deny their culture and heritage in order to succeed — that they must assimilate into this other world. The corollary is that once Aboriginal people migrate to urban areas, their identity as Aboriginal people becomes irrelevant.

(*Perspectives and Realities, supra*, at p. 519.)

Second, off-reserve band members experience particular disadvantages compared to those living on-reserve because of their separation from the reserve. They are apart from communities to which many feel connection, and have experienced racism, culture shock, and difficulty maintaining their identity in particular and serious ways because of this fact. Third, it should be noted that the context is one in which, due to various factors, Aboriginal women, who can be said to be doubly disadvantaged on the basis of both sex and race, are among those particularly affected by legislation relating to off-reserve band members, because of their history and circumstances in Canadian and Aboriginal society.

(b) *Relationship Between the Basis of the Differential Treatment and the Claimant's Characteristics or Circumstances*

The second factor set out by Iacobucci J. examines the relationship between the basis on which the differential treatment occurs and the characteristics of the claimant and others, with the goal of recognizing the human dignity and right to full participation in society of all of them. Some dis-

BON NOMBRE DE CANADIENS pensent que les autochtones vivent exclusivement dans une réserve ou, à la rigueur, dans une région rurale. Cette perception bien ancrée est constamment renforcée . . .

. . . Ainsi, le Canada a traditionnellement parqué les autochtones dans des réserves et des collectivités rurales. Les non-autochtones perçoivent les mœurs et les cultures autochtones comme étant incompatibles avec les exigences de la société urbaine industrialisée. C'est ce qui pousse trop facilement les gens à croire que les autochtones citadins doivent renier leur culture et leur patrimoine — s'assimiler, somme toute — s'ils veulent réussir leur insertion dans cet autre monde. Le corollaire de ce point de vue est que les autochtones perdent leur spécificité culturelle dès que s'amorce leur migration vers la ville.

(*Perspectives et réalités, op. cit.*, aux pp. 583 et 584.)

Deuxièmement, parce qu'ils vivent à l'écart des réserves, les membres hors réserve des bandes indiennes souffrent de désavantages particuliers comparativement aux membres qui y résident. Ils vivent à l'écart de communautés à l'égard desquelles bon nombre d'entre eux éprouvent un sentiment d'attachement, et, en raison de ce fait, ils souffrent du racisme, du choc des cultures en plus d'éprouver de la difficulté à conserver certains aspects importants de leur identité. Troisièmement, il convient de signaler que nous sommes en présence d'un contexte où, pour divers facteurs, les femmes autochtones, que l'on peut dire doublement défavorisées en raison de leur sexe et de leur race, font partie des personnes particulièrement touchées par les mesures législatives se rapportant aux membres hors réserve des bandes indiennes, de par leur histoire et leur situation dans les sociétés canadienne et autochtone.

b) *Le rapport entre le fondement de la différence de traitement et les caractéristiques ou la situation du demandeur*

Dans le cadre du deuxième facteur énoncé par le juge Iacobucci, on examine le rapport entre le fondement de la différence de traitement et les caractéristiques du demandeur et d'autres personnes, afin que leur soient reconnus et la dignité humaine et le droit de participer pleinement à la société.

72

73

inctions may correspond to the needs, capacities, or circumstances of a group in a manner that does not affect their human dignity or that of others, viewed from a subjective-objective perspective (*Law, supra*, at paras. 69-71).

Certaines distinctions peuvent correspondre aux besoins, aux capacités ou à la situation d'un groupe d'une manière qui n'a pas, d'un point de vue subjectif-objectif, d'incidence sur la dignité humaine des membres de ce groupe ou sur celle d'autres personnes (*Law*, précité, aux par. 69 à 71).

74

In the case at bar, considering this factor involves examining the legislative context surrounding the distinction at issue. The voting rights at issue affect other sections of the legislation; it must be determined how the functions of electors and powers of the band council chosen by them relate to the needs, circumstances, and human dignity of the band members included and excluded by the voting scheme. In my opinion, if the powers of electors or the chief and council they vote for affect issues that are purely local, and do not affect the interests of off-reserve band members, the differential treatment between band members contained in s. 77(1) cannot be considered to violate the right to substantive equality of the off-reserve members. Such differential treatment would relate to the different positions and needs of the two groups and could not be said, in my opinion, to stereotype off-reserve members or suggest they are less deserving, worthy, or important band members from the perspective of someone affected by them. However, if the powers of the electors and the band council affect the interests and needs of both groups, this will be an indicator that the differential treatment is more likely to be discriminatory.

En l'espèce, la prise en compte de ce facteur exige l'examen du contexte législatif de la distinction en litige. Les droits de vote en cause ont une incidence sur d'autres dispositions de la loi; il faut déterminer quel est le lien entre, d'une part, le rôle des électeurs et les pouvoirs du conseil de bande qu'ils choisissent, et, d'autre part, les besoins, la situation et la dignité humaine des membres des bandes qui sont admis à participer au scrutin et de ceux qui en sont exclus. À mon avis, si les pouvoirs des électeurs ou ceux du chef et du conseil qu'ils élisent portent sur des questions de nature purement locale, qui n'ont pas d'incidence sur les droits des membres hors réserve de la bande, l'on ne peut pas considérer que la différence de traitement entre les membres des bandes établie par le par. 77(1) porte atteinte au droit à l'égalité réelle des membres hors réserve. Cette différence de traitement serait liée à la situation et aux besoins différents des deux groupes, et il ne serait pas possible, à mon avis, d'affirmer qu'elle attribue un stéréotype aux membres hors réserve ou suggère qu'ils ne sont pas, du point de vue d'une personne touchée par ces pouvoirs, des membres de la bande aussi méritants, dignes de reconnaissance ou importants que les autres. Cependant, si les pouvoirs des électeurs et du conseil de bande ont une incidence sur les droits et besoins des deux groupes, il s'agira d'un indice que la différence de traitement est plus susceptible d'être discriminatoire.

75

The band council chosen by the electors has by-law making powers under s. 81(1), which include the regulation of traffic on the reserve, control over the observance of law and order, and other such powers. Strayer J., the trial judge, found that these powers are mostly of a local nature, related to the governance of the reserve itself, and he suggested that they primarily affect residents. I would agree, in general, with this characterization, and I would

Le conseil de bande choisi par les électeurs a le pouvoir, en vertu du par. 81(1), de faire des règlements administratifs sur divers sujets, notamment la réglementation de la circulation dans la réserve, l'observation de la loi et le maintien de l'ordre. Le juge Strayer, qui a entendu l'affaire en première instance, a conclu que ces pouvoirs sont pour la plupart de nature locale et concernent l'administration de la réserve elle-même, et il a indiqué qu'ils

add to the list of provisions affecting primarily local functions the powers contained in s. 85.1. However, I would note that several paragraphs of s. 81(1) affect in a particular way all band members, irrespective of residence on the reserve. Section 81(1)(i) allows the band council to allot land on the reserve, where this authority has been given by the Governor in Council. Sections 81(1)(p) and 81(1)(p.1) allow by-laws relating to residence and trespass on the reserve, which may affect the ability of non-residents to use the facilities and land on the reserve, and return to live there. The ability to live on the reserve, or to participate in activities on reserve lands if they desire, has been shown to be important to non-residents, and these functions of the band council affect their circumstances and needs directly and in a fundamental way: see *Perspectives and Realities*, *supra*, at p. 49.

Section 83 gives the council power to make money by-laws, which include taxation of land on the reserve, licensing of businesses, appropriation of moneys to defray band expenses, and payment of remuneration to chiefs and councillors. These powers, in my opinion, are a mixture of functions that affect residents on the reserve only, and also all members of the band. While the taxation of land and businesses on the reserve and the licensing of businesses are primarily local functions, appropriation of money for various band purposes and the amounts to be paid to chiefs and councillors are matters in which all band members have an interest. In addition, under s. 83(1)(f), the band may make by-laws relating to “the raising of money from band members to support band

touchent principalement les résidents. Je souscris de façon générale à cette qualification, et j’ajouterais à la liste des dispositions qui concernent principalement des fonctions locales les pouvoirs prévus à l’art. 85.1. Je ferais, toutefois, remarquer que plusieurs alinéas du par. 81(1) touchent d’une manière particulière l’ensemble des membres de la bande, qu’ils résident ou non dans la réserve. L’alinéa 81(1)(i) permet au conseil de bande de répartir les terres de la réserve entre les membres de la bande, s’il a été autorisé à le faire par le gouverneur en conseil. Les alinéas 81(1)(p) et 81(1)(p.1) autorisent la passation de règlements administratifs concernant la résidence et l’entrée sans droit ni autorisation dans la réserve, sujets qui peuvent avoir une incidence sur la capacité des non-résidents d’utiliser les terres de la réserve et les installations s’y trouvant, ainsi que de revenir vivre dans la réserve. Il a été démontré que la capacité d’habiter dans la réserve ou de participer à des activités sur les terres de la réserve est importante pour les non-résidents qui désirent le faire, et les fonctions susmentionnées du conseil de bande influent directement et d’une manière fondamentale sur la situation et les besoins de ces personnes: voir *Perspectives et réalités*, *op. cit.*, à la p. 55.

L’article 83 donne au conseil le pouvoir de faire des règlements administratifs sur des questions pécuniaires, notamment l’imposition de taxes sur les immeubles situés dans la réserve, la délivrance de permis aux entreprises, l’affectation de sommes d’argent pour couvrir les dépenses de la bande et le versement d’une rémunération aux chefs et aux conseillers. À mon avis, ces pouvoirs sont un mélange de fonctions qui touchent soit uniquement les résidents de la réserve, soit tous les membres de la bande. Quoique l’imposition de taxes sur les immeubles et les entreprises situés dans la réserve et la délivrance de permis aux entreprises soient principalement des fonctions de nature locale, l’affectation de sommes d’argent à diverses fins poursuivies par la bande et la détermination de la rémunération à verser aux chefs et aux conseillers sont des questions qui intéressent tous les membres de la bande. En outre, en vertu de l’al. 83(1)(f), la bande peut faire des règlements administratifs concernant «la réunion de fonds provenant des

projects” which may have the potential to affect all band members.

membres de la bande et destinés à supporter des entreprises de la bande» qui sont susceptibles de toucher tous les membres de la bande.

77

Although the band council’s powers under ss. 81(1) and 83(1) are similar, in many ways, to those of a municipality, the exclusion of non-residents from voting rights affects other powers of the band council that relate to the needs of all members of the band, whether or not they are ordinarily resident on the reserve. Section 64(1) allows the expenditure by the Minister, with the band council’s consent, of the band’s capital moneys for various purposes, including distributions per capita to members of the band, and construction of new housing. The band’s capital moneys come from the sale of surrendered lands or capital assets of the band (s. 62), assets that belong, collectively, to all members of the band. As found by Strayer J., all band members have important interests in these expenditures. Similarly, under s. 66(1), the Minister, with the approval of the band council, can make orders appropriating the band council’s revenue moneys; the band council may be authorized to do so under s. 69. Expenditures by the band council may include matters like education, creation of new housing, creation of facilities on reserves, and other matters that may affect off-reserve band members’ economic interest in its assets and the infrastructure that will be available to help them return to the reserve if they wish. Finally, s. 39(1)(b) requires the consent of a majority of “electors” of the band for the surrender of band lands. The definition of “elector” in s. 2(1) excludes band members who are disqualified from voting in band elections, so the wording of s. 77(1) excludes off-reserve members from voting on the question of whether the lands they own in common will be surrendered.

Bien que les pouvoirs dont dispose le conseil de bande en vertu des par. 81(1) et 83(1) soient à plusieurs égards semblables à ceux d’une municipalité, le fait de priver les non-résidents du droit de vote a une incidence sur d’autres pouvoirs du conseil de bande se rapportant aux besoins de l’ensemble des membres de la bande, qu’ils résident ou non ordinairement dans la réserve. En vertu du par. 64(1), le ministre peut, avec le consentement du conseil de bande, prescrire la dépense de sommes d’argent au compte en capital de la bande à diverses fins, notamment pour distribuer per capita certaines sommes aux membres de la bande et pour construire de nouvelles habitations. Les sommes constituant le compte en capital de la bande proviennent de la vente de terres cédées ou de biens de capital de la bande (art. 62), biens qui appartiennent, collectivement, à tous les membres de la bande. Comme a conclu le juge Strayer, les membres de la bande ont tous d’importants intérêts dans ces dépenses. De même, en vertu du par. 66(1), le ministre peut, avec le consentement du conseil de bande, ordonner l’affectation à certaines fins de sommes d’argent du compte de revenus; pour sa part, le conseil de bande peut, en vertu de l’art. 69, être autorisé à exercer ce pouvoir. Le conseil de bande peut consacrer des dépenses à des fins telles que l’éducation, la construction de nouvelles habitations, l’établissement d’installations dans les réserves, ainsi qu’à d’autres fins susceptibles d’avoir une incidence sur l’intérêt économique qu’ont les membres hors réserve dans les biens et l’infrastructure de la réserve qui seront disponibles pour faciliter leur retour dans celle-ci s’ils le désirent. Finalement, l’al. 39(1)(b) exige l’assentiment d’une majorité des électeurs de la bande pour la cession de terres de la bande. Étant donné que la définition d’«électeur» au par. 2(1) exclut les membres de la bande qui ont perdu leur droit de vote aux élections de la bande, le texte du par. 77(1) a pour effet de nier aux membres hors réserve le droit de voter sur la cession des terres qui leur appartiennent en commun avec les autres membres.

The wording of s. 77(1), therefore, gives off-reserve band members no voice in electing a band council that, among other functions, spends moneys derived from land owned by all members, and money provided to the band council by the government to be spent on all band members. The band council also determines who can live on the reserve and what new housing will be built. The legislation denies those in the position of the claimants a vote in decisions about whether the reserve land owned by all members of the band will be surrendered. In addition, members who live in the vicinity of the reserve, as shown by the evidence of several of the plaintiffs in this case, may take advantage of services controlled by the band council such as schools or recreational facilities. Moreover, as a practical matter, representation of Aboriginal peoples in processes such as land claims and self-government negotiations often takes place through the structure of *Indian Act* bands. The need for and interest in this representation is shared by all band members, whether they live on- or off-reserve. Therefore, although in some ways, voting for the band council and chief relates to functions affecting reserve members much more directly than others, in other ways it affects all band members. Since interests are affected that are unrelated to the basis upon which the differential treatment is made (off-reserve residence status), considering the principle of respect for human dignity and substantive equality, this is an important indicator that the differential treatment is discriminatory.

(c) *Nature of the Affected Interest*

The fourth contextual factor which was described by Iacobucci J. in *Law, supra*, at paras. 74-75, and which is of particular importance in this case, is the nature of the affected interest. In general, the more important and significant the

Par conséquent, le texte du par. 77(1) ne donne pas aux membres hors réserve des bandes indiennes voix au chapitre dans l'élection du conseil de bande, organe qui, entre autres fonctions, dépense des sommes tirées de terres appartenant à l'ensemble des membres ainsi que des sommes qui lui sont attribuées par le gouvernement et qui doivent être employées au profit de tous les membres de la bande. Le conseil de bande décide également qui peut habiter dans la réserve et quelles nouvelles habitations seront construites. Le texte de loi prive les personnes dans la situation des demandeurs du droit de voter sur la cession de terres de la réserve qui appartiennent à l'ensemble des membres de la bande. De plus, comme l'atteste le témoignage de plusieurs des demandeurs en l'espèce, les membres qui vivent à proximité de la réserve peuvent se prévaloir des services relevant de l'autorité du conseil de bande, par exemple les installations scolaires et récréatives. Qui plus est, en pratique, la représentation des Autochtones dans des processus comme les négociations relatives aux revendications territoriales et à l'autonomie gouvernementale est souvent déterminée suivant le régime des bandes visées par la *Loi sur les Indiens*. Tous les membres, qu'ils vivent ou non dans la réserve, ont, en matière de représentation, un besoin et un intérêt communs. Par conséquent, bien que, sous certains rapports, le droit de vote à l'élection du conseil de bande et du chef se rapporte à des fonctions touchant beaucoup plus directement les membres qui habitent la réserve que les autres, sous d'autres rapports ce droit touche tous les membres de la bande. Le fait que certains droits qui ne sont pas liés au fondement de la différence de traitement (la qualité de membre vivant hors réserve) soient touchés, est un indice important du caractère discriminatoire de la différence de traitement, eu égard au principe du respect de la dignité humaine et du droit à l'égalité réelle.

c) *La nature du droit touché*

Le quatrième facteur contextuel décrit par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law*, précité, aux paras. 74 et 75, et qui est particulièrement important en l'espèce, est la nature du droit touché. En général, plus le droit touché est important et a une

interest affected, the more likely it will be that differential treatment affecting this interest will amount to a discriminatory distinction within the meaning of s. 15(1).

80

Several social and legislative facts are important to analysing this contextual factor. The first is the important financial interest that non-residents have in the affairs of the band. As I outlined in the previous section, the band council must give consent for expenditures of the band's capital and revenue moneys. The band's electors also control decisions about the surrender of band lands which are owned collectively by all band members. Second, the band council controls the allotment of land and by-laws relating to trespass and residence, which affect in important ways the ability to return and live on the reserve. Third, the council makes decisions about the availability of services that may be important to non-residents, particularly those who may live near the reserve. Also important is the role of band leadership in the work of the Assembly of First Nations and other Aboriginal organizations at the regional, national and international levels. All these factors show that the functions and powers of the band council have important significance for the lives of off-reserve band members. Denying them voting rights when band leadership is chosen through a system of democracy affects significant interests they have in band governance.

81

The importance many band members place on maintaining a connection to their cultural roots is also particularly significant. Maintaining one's cultural identity will mean different things to different off-reserve band members, but to many it will entail an identification of interests with their band. When band leadership is chosen through a democratic system, one of the most powerful

portée considérable, plus la différence de traitement s'y rapportant est susceptible de constituer une distinction discriminatoire au sens du par. 15(1).

Plusieurs réalités sociales et législatives sont importantes dans l'analyse de ce facteur contextuel. La première est l'intérêt économique important qu'ont les non-résidents dans les affaires de la bande. Comme je l'ai expliqué précédemment, le conseil de bande doit donner son consentement aux dépenses encourues à même les sommes d'argent au compte en capital et au compte de revenu de la bande. Ce sont également les électeurs de la bande qui prennent les décisions relatives à la cession des terres de la bande, terres qui appartiennent collectivement à tous les membres de la bande. Deuxièmement, le conseil de bande a autorité sur la répartition des terres, et il peut faire des règlements régissant la résidence et l'entrée sans droit ni autorisation dans la réserve, sujets qui influent de façon importante sur la capacité de revenir vivre dans la réserve. Troisièmement, le conseil prend, à l'égard des services offerts à la communauté, des décisions qui peuvent être importantes pour les non-résidents, particulièrement ceux qui vivent à proximité de la réserve. Un autre fait important est le rôle que jouent les dirigeants de la bande dans les travaux de l'Assemblée des Premières Nations et d'autres organismes autochtones aux niveaux régional, national et international. Tous ces facteurs démontrent que les fonctions et pouvoirs du conseil de bande revêtent une importance considérable dans la vie des membres vivant hors réserve des bandes indiennes. Nier à ces personnes le droit de voter lorsque les dirigeants de la bande sont choisis par un mécanisme démocratique a une incidence sur les intérêts importants qu'ils ont dans l'administration des affaires de la bande.

L'importance que bon nombre de membres des bandes accordent au maintien de liens avec leurs racines culturelles est aussi un facteur particulièrement significatif. Le maintien d'une identité culturelle peut signifier pour les membres hors réserve d'une bande différentes choses d'un individu à l'autre, toutefois, pour plusieurs d'entre eux cela peut se traduire par l'identification aux intérêts de

expressions of identification with that band is through the exercise of voting. When certain band members are not given any say in that system, the denial of that voice affects their belonging and connection to the band of which they are members.

Moreover, the band council has the power to affect directly the cultural interests of those off-reserve band members who identify with their band and reserve. The Royal Commission on Aboriginal Peoples stated that sources of traditional Aboriginal culture include “contact with the land, elders, Aboriginal languages and spiritual ceremonies” (*Perspectives and Realities, supra*, at p. 522). As outlined in the previous section, the band council has many powers affecting access to the reserve, management of the reserve lands, and the expenditure of money for the welfare of the band. Furthermore, the “electors” of the band can vote on the surrender of band lands. The band council therefore has considerable power to safeguard, develop and promote the sources of traditional Aboriginal culture and to affect the access of off-reserve band members to these sources.

Historical circumstances that have had and continue to have repercussions for the members of this group add to the reasons why the interest affected by this legislation is of important societal significance for those in the position of the claimants. Indeed, the creation of the group of off-reserve Aboriginal people can be seen as a consequence, in part, of historic policies toward Aboriginal peoples. The Royal Commission on Aboriginal Peoples describes the relationship between the federal government and Aboriginal peoples during the period from the early 1800s to 1969 as one of “displacement and assimilation” (*Report of the Royal*

leur bande. Lorsque les dirigeants de la bande sont choisis par un mécanisme démocratique, l'exercice du droit de vote constitue l'un des moyens d'expression les plus forts de ce sentiment d'identification. Lorsqu'on refuse à certains membres de la bande le droit de s'exprimer dans le cadre de ce mécanisme, le déni de cette voix au chapitre a des répercussions sur leur sentiment d'appartenance et d'attachement à la bande dont ils sont membres.

De plus, les conseils de bande ont le pouvoir d'influencer directement les droits culturels des membres hors réserve qui s'identifient à leur bande et à leur réserve. La Commission royale sur les peuples autochtones a affirmé que constituent des sources de la culture autochtone traditionnelle «le contact avec la terre, les anciens, les langues autochtones et les cérémonies spirituelles» (*Perspectives et réalités, op. cit.*, à la p. 586). Comme je l'ai souligné au chapitre précédent, les conseils de bande possèdent de nombreux pouvoirs ayant une incidence sur l'accès à la réserve, la gestion des terres de la réserve et la dépense de fonds pour le bien-être de la bande. En outre, les «électeurs» de la bande peuvent voter relativement à la cession des terres de la bande. Les conseils de bande disposent donc de pouvoirs considérables pour sauvegarder, mettre en valeur et promouvoir les sources de la culture autochtone traditionnelle et pour influencer l'accès à ces sources par les membres hors réserve des bandes indiennes.

Les circonstances historiques qui ont eu et continuent à avoir des répercussions sur les membres de ce groupe sont d'autres raisons expliquant pourquoi le droit touché par cette mesure législative a une portée sociétale importante pour les personnes dans la situation des demandeurs. En effet, l'émergence du groupe des autochtones hors réserve peut être perçue, en partie, comme une conséquence de politiques historiques appliquées à l'égard des autochtones. La Commission royale sur les peuples autochtones a employé les mots «déracinement et assimilation» pour décrire les relations entre le gouvernement fédéral et les peuples autochtones durant la période du début des années 1800 jusqu'à 1969 (*Rapport de la Commission royale sur les*

82

83

Commission on Aboriginal Peoples, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*, at pp. 137-91).

84

Maintaining a connection with the band of which they are members is of particular importance to those in the position of the claimants because they often live apart from reserves due to factors that are likely largely beyond their control. Lack of land, what are often scarce job opportunities on reserves, and the need to go far from the community for schooling, are among the reasons that members left the reserve in the past, and continue to leave. There are also particular issues affecting Aboriginal women's migration: *Perspectives and Realities*, *supra*, at pp. 573-76. The fact that those affected or their ancestors may well have had no choice but to leave the reserve signals that the interest in keeping a connection with the band of which they are members is particularly important to them because the separation from other members of the band and the reserve may well have been undesired or unchosen.

85

A considerable number of the band members who live off-reserve recently gained or regained this status under Bill C-31. This legislation modified sections of the *Indian Act* that denied Indian status to various categories of band members, though not all those who were restored to status became members of a band. It is, therefore, helpful to examine the history of the legislation that removed Indian status from them or from their ancestors. I must emphasize that this discussion is in no way related to the constitutionality of Bill C-31, in general or in the context of particular bands. Rather, I refer to it for the purpose of examining the context underlying the current legislative distinction and showing why the interest affected is an important one for band members.

86

Many of those affected are women, and the descendants of women, who lost their Indian status because they married men who did not have Indian

peuples autochtones, vol. 1, *Un passé, un avenir*, aux pp. 147 à 206).

Le maintien de liens avec la bande dont elles sont membres revêt une importance particulière pour les personnes dans la situation des demandeurs, car si elles n'habitent pas les réserves c'est souvent pour des raisons largement indépendantes de leur volonté. Le manque de terres, le fait qu'il y ait souvent très peu de possibilités d'emploi dans les réserves et la nécessité de s'éloigner de la communauté pour s'instruire comptent parmi les raisons pour lesquelles les membres des bandes ont quitté les réserves dans le passé et continuent de le faire aujourd'hui. Il y a aussi certaines considérations qui touchent particulièrement la migration des femmes autochtones: *Perspectives et réalités*, *op. cit.*, aux pp. 644 à 650. Le fait que les personnes touchées ou leurs ancêtres aient fort bien pu n'avoir d'autre choix que de quitter la réserve indique que le maintien de liens avec la bande dont ils sont membres est un droit important pour eux puisque le fait d'être séparés de la réserve et des autres membres de la bande peut bien ne pas avoir été désiré ou choisi.

Un nombre considérable de membres hors réserve des bandes indiennes ont récemment obtenu ou retrouvé leur statut de membre en vertu du projet de loi C-31. Cette loi a modifié les articles de la *Loi sur les Indiens* qui privaient du statut d'Indien diverses catégories de membres des bandes, bien que ce ne soit pas tous ceux qui ont retrouvé leur statut qui soient devenus membres d'une bande. Il est donc utile d'examiner l'historique des dispositions qui ont retiré le statut à ces personnes ou à leurs ancêtres. Je tiens cependant à souligner que l'examen de ces dispositions ne se rattache d'aucune façon à la constitutionnalité du projet de loi C-31 en général ou dans le contexte de certaines bandes en particulier. Je réfère plutôt à cet historique afin d'examiner le contexte qui sous-tend la distinction établie par la loi actuelle et de démontrer pourquoi le droit touché est important pour les membres des bandes.

Bon nombre des personnes touchées sont des femmes ainsi que les descendants de ces femmes qui ont perdu leur statut d'Indiennes parce qu'elles

status (see Indian and Northern Affairs Canada, *Impacts of the 1985 Amendments to the Indian Act (Bill C-31): Summary Report* (1990)). Aboriginal women who married outside their band became members of their husband's band. See, for example, *The Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, ss. 12 and 14, now repealed. Legislation depriving Aboriginal women of Indian status has a long history. The involuntary loss of status by Aboriginal women and children began in Upper and Lower Canada with the passage of *An Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in the Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26. A woman whose husband "enfranchised" had her status removed along with his. This legislation introduced patriarchal concepts into many Aboriginal societies which did not exist before: see Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991), vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, at pp. 476-79. As the Royal Commission on Aboriginal Peoples stated in *Perspectives and Realities*, *supra*, at p. 26:

In the pre-Confederation period, concepts were introduced that were foreign to Aboriginal communities and that, wittingly or unwittingly, undermined Aboriginal cultural values. In many cases, the legislation displaced the natural, community-based and self-identification approach to determining membership — which included descent, marriage, residency, adoption and simple voluntary association with a particular group — and thus disrupted complex and interrelated social, economic and kinship structures. Patrilineal descent of the type embodied in the *Gradual Civilization Act*, for example, was the least common principle of descent in Aboriginal societies, but through these laws, it became predominant. From this perspective, the *Gradual Civilization Act* was an exercise in government control in deciding who was and was not an Indian.

ont épousé des hommes qui n'avaient pas ce statut (voir Affaires Indiennes et du Nord canadien, *Répercussions des modifications apportées à la Loi sur les Indiens en 1985 (Projet de loi C-31): Rapport sommaire* (1990)). Les femmes autochtones qui épousaient un membre d'une autre bande devenaient membres de cette bande. Voir, par exemple, la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 12 et 14, maintenant abrogés. Les mesures législatives dépouillant les femmes autochtones de leur statut d'Indiennes ont une longue histoire. La perte involontaire de ce statut par les femmes et les enfants autochtones a débuté au Haut-Canada et au Bas-Canada par suite de l'adoption de l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., ch. 26. La femme dont le mari s'était «émancipé» perdait son statut en même temps que lui. Cette loi a introduit dans de nombreuses sociétés autochtones des concepts patriarcaux qui leur étaient jusque-là étrangers: voir Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba* (1991), vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, aux pp. 476 à 479. Dans *Perspectives et réalités*, *op. cit.*, à la p. 28, la Commission royale sur les peuples autochtones a affirmé ceci:

Durant la période antérieure à la Confédération, des notions pourtant étrangères aux collectivités autochtones et qui, délibérément ou non, sapèrent leurs valeurs culturelles ont été adoptées. Dans bien des cas, les textes de loi ont supprimé les modes d'établissement de l'appartenance, des modes naturels, communautaires et fondés sur l'auto-identification dont les critères comprenaient la filiation, le mariage, le domicile, l'adoption et l'association volontaire simple à un groupe particulier. Ce faisant, ils ont perturbé des structures sociales, économiques et familiales complexes et interdépendantes. Ainsi, la filiation patrilinéaire du genre mentionné dans l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle* était la forme la moins répandue de filiation dans les sociétés autochtones. Par l'effet de ces lois, la filiation patrilinéaire est devenue le mode prédominant de transmission. Considéré sous cet angle, l'*Acte pour encourager la Civilisation graduelle* constituait une tentative de l'État pour déterminer qui était ou n'était pas Indien.

This continued in the *Gradual Enfranchisement Act*, S.C. 1869, c. 6. This legislation, for the first time, instituted the policy that women who married men without Indian status lost their own status, and their children would not receive status. The rationale for these policies, given at the time, focussed on concerns about control over reserve lands, and the need to prevent non-Indian men from gaining access to them (*Perspectives and Realities*, *supra*, at p. 27). These policies were continued and expanded upon with the passage of the *Indian Act* in 1876, and amendments to it in subsequent years, particularly a major revision that took place in 1951.

Cette tendance s'est poursuivie par l'adoption de l'*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages*, S.C. 1869, ch. 6. C'est cette loi qui, pour la première fois, a établi la politique suivant laquelle les femmes indiennes qui épousaient un homme n'ayant pas le statut d'Indien perdaient leur statut et leurs enfants n'y avaient pas droit. Les raisons invoquées à l'époque pour justifier ces politiques étaient principalement des préoccupations concernant le contrôle des terres des réserves et la nécessité d'empêcher les hommes non indiens de s'y établir (*Perspectives et réalités*, *op. cit.*, à la p. 29). Ces politiques ont été maintenues et élargies par l'adoption de l'*Acte des Sauvages* en 1876, et les modifications qui y ont été apportées subséquemment, en particulier par suite de la révision majeure de cette loi en 1951.

87 The 1951 legislation was challenged under the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 (reprinted in R.S.C., 1985, App. III), in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349. The majority of this Court, using an approach to equality that was later rejected in *Andrews*, *supra*, held that the provisions did not violate the right to equality in the *Canadian Bill of Rights* and that even if they did, they could not be struck down as inconsistent with it.

La loi de 1951 a été contestée en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (reproduite dans L.R.C. (1985), app. III), dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349. Adoptant en matière d'égalité une approche qui a par la suite été rejetée dans l'arrêt *Andrews*, précité, notre Cour à la majorité a jugé que les dispositions contestées ne portaient pas atteinte au droit à l'égalité garanti par la *Déclaration canadienne des droits* et que, même si c'était le cas, elles ne pouvaient pas être déclarées inopérantes pour cause d'incompatibilité avec ce droit.

88 These were not the only people who lost their status. The enfranchisement provisions of the *Indian Act* were designed to encourage Aboriginal people to renounce their heritage and identity, and to force them to do so if they wished to take a full part in Canadian society. In order to vote or hold Canadian citizenship, status Indians had to "voluntarily" enfranchise. They were then given a portion of the former reserve land in fee simple, and they lost their Indian status. At various times in history, status Indians who received higher education, or became doctors, lawyers, or ministers were automatically enfranchised. Those who wanted to be soldiers in the military during the two World Wars were required to enfranchise themselves and their whole families, and those who left the country for

Ces personnes n'ont pas été les seules à perdre leur statut. Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'émancipation étaient conçues pour encourager les autochtones à renoncer à leur patrimoine et à leur identité, ainsi que pour les contraindre à le faire s'ils désiraient participer pleinement à la société canadienne. Pour pouvoir voter ou obtenir la citoyenneté canadienne, les Indiens inscrits devaient s'émanciper «volontairement». Ils se voyaient alors attribuer en fief simple une partie des anciennes terres de réserve, et ils perdaient leur statut d'Indien. À diverses périodes de l'histoire, les Indiens inscrits qui avaient poursuivi des études supérieures ou étaient devenus médecins, avocats ou ministres du culte étaient émancipés automatiquement. Ceux qui voulaient s'enrôler durant les

more than five years without permission also lost Indian status. (See L. Gilbert, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada* (1996), at pp. 23-30.)

This history shows that Aboriginal policy, in the past, often led to the denial of status and the severing of connections between band members and the band. It helps show why the interest in feeling and maintaining a sense of belonging to the band free from barriers imposed by Parliament is an important one for all band members, and especially for those who constitute a significant portion of the group affected, who have been directly affected by these policies and are now living away from reserves, in part, because of them.

All these facts emphasize the importance, for band members living off-reserve, of having their voices included when band leadership is chosen through a process of common suffrage as set out in this legislation. They show why the interest in s. 77(1) is a fundamental one, and why the denial of voting rights in this context has serious consequences from the perspective of those affected. They show why there is not only economic, but also important societal significance to the interests affected by the differential treatment contained in s. 77(1): *Law, supra*, at para. 74.

(d) *Conclusions on the Third Stage of Analysis*

In summary, therefore, a contextual view of the people affected and the differential treatment in question leads to the conclusion that this legislative distinction conflicts with the purposes of s. 15(1). The people affected by this distinction, in general, are vulnerable and disadvantaged. They experience stereotyping and disadvantage as Aboriginal people and band members living away

deux Guerres mondiales devaient s'émanciper avec toute leur famille, et ceux qui s'absentaient du pays pendant plus de cinq ans sans permission perdaient eux aussi leur statut d'Indien. (Voir L. Gilbert, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada* (1996), aux pp. 23 à 30.)

Ce rappel historique montre que la politique appliquée à l'égard des autochtones dans le passé a souvent eu pour effet de les priver de leur statut et de rompre les liens qui rattachaient les membres d'une bande à celle-ci. Cet historique aide à démontrer pourquoi le droit d'éprouver et de maintenir un sentiment d'appartenance à leur bande, libre de tout obstacle imposé par le Parlement, est particulièrement important pour tous les membres des bandes, spécialement pour ceux qui constituent une partie considérable du groupe concerné, qui ont été directement touchés par ces politiques et qui, aujourd'hui, vivent en dehors des réserves, en partie à cause des politiques en question.

Tous ces faits font ressortir l'importance, pour les membres hors réserve des bandes indiennes, d'avoir voix au chapitre lorsque les dirigeants de la bande sont choisis par la procédure de scrutin ordinaire prévue par le texte de loi en cause. Ils montrent pourquoi le droit visé au par. 77(1) est un droit fondamental, et pourquoi le déni du droit de vote dans ce contexte a des conséquences sérieuses du point de vue des personnes touchées. Ces faits montrent en quoi les droits touchés par la différence de traitement établie au par. 77(1) revêtent de l'importance non seulement sur le plan économique, mais également sur le plan social: *Law, précité*, au par. 74.

d) *Les conclusions au terme de la troisième étape de l'analyse*

En résumé donc, l'analyse contextuelle des personnes touchées et de la différence de traitement en question amène à conclure que la distinction établie par la loi est incompatible avec les objectifs du par. 15(1). Les personnes touchées par cette distinction sont, en général, vulnérables et défavorisées. Elles font l'objet de stéréotypes et souffrent de désavantages à la fois comme Autochtones et

89

90

91

from reserves. They form part of a “discrete and insular minority” defined by race and residence, and it is more likely that further disadvantage will have a discriminatory impact upon them. Second, the distinction in question does not correspond with the characteristics or circumstances of the claimants and on-reserve band members in a manner which “respects and values their dignity and difference”: *Law, supra*, at para. 28. The powers of the band council affect cultural, political, and financial interests and needs that are shared by band members living on and off the reserve. Third, the nature of the interests affected is fundamental. Given the form of representative democracy provided for in the *Indian Act*, failure to give any voice in that process to certain members of the band affects an important attribute of membership, and places a barrier between them and a community which has particular importance to them. The council and electors also make decisions about important financial, cultural, and political interests of the members that have important significance within the band and Canadian society. Finally, the interest affected is also significant because of the ways in which, in the past, ties between band members and the band or reserve have been involuntarily or reluctantly severed. Those affected or their parents may have left the reserve for many reasons that do not signal a lack of interest in the reserve given the various historical circumstances surrounding reserve communities in Canada such as an often inadequate land base, a serious lack of economic opportunities and housing, and the operation of past Indian status and band membership rules imposed by Parliament.

comme membres hors réserve des bandes indiennes. Elles font partie d’une «minorité discrète et isolée» qui est définie par la race et le lieu de résidence, et il est vraisemblable que l’imposition de désavantages additionnels aura sur elles un effet discriminatoire. Deuxièmement, la distinction en question ne correspond ni aux caractéristiques ni à la situation des demandeurs et des membres hors réserve des bandes indiennes d’une manière qui «respecte et valorise leur dignité et leur différence»: *Law*, précité, au par. 28. Les pouvoirs des conseils de bande ont une incidence sur des droits et besoins économiques, culturels et politiques que partagent les membres qui habitent les réserves et ceux qui vivent à l’extérieur de celles-ci. Troisièmement, la nature des droits touchés est fondamentale. Compte tenu de la forme de démocratie représentative prévue par la *Loi sur les Indiens*, le fait de ne pas donner à certains membres de la bande la possibilité de s’exprimer dans le cadre de ce processus a des conséquences sur un attribut important de l’appartenance à la bande, et crée un obstacle entre ces personnes et une communauté qui a une importance particulière pour celles-ci. Le conseil et les électeurs prennent également des décisions touchant des droits économiques, culturels et politiques qui sont importants pour les membres et qui ont une portée considérable au sein de la bande et de la société canadienne. Enfin, le droit touché est également important en raison des diverses façons par lesquelles les liens qui unissaient des membres d’une bande à celle-ci ou à la réserve ont, volontairement ou à contrecœur, été rompus dans le passé. Il est possible que les personnes touchées ou leurs parents aient quitté la réserve pour des raisons qui ne témoignent pas d’un manque d’intérêt envers la réserve, compte tenu des diverses circonstances qui, historiquement, ont caractérisé la vie des communautés habitant les réserves au Canada, telles que des assises territoriales souvent insuffisantes, de graves pénuries de logement et de possibilités de développement économique et l’application des anciennes règles imposées par le Parlement qui régissaient le statut Indien et l’appartenance aux bandes.

92 In the context of this vulnerable group, and these important interests, this distinction reinforces

Dans le contexte de ce groupe vulnérable et compte tenu de ces droits importants, cette

the stereotype that band members who do not live on reserves are “less Aboriginal”, and less valuable members of their bands than those who do. A reasonable person in the position of the claimants, fully apprised of the context, would see the differential treatment contained in s. 77(1) as suggesting that off-reserve band members are less worthy or valuable as band members and members of Canadian society, and giving them less concern, respect and consideration than band members living on reserves. Based upon this finding of discriminatory impact, the third stage of analysis, the identification of discrimination based on a violation of substantive equality and human dignity in the circumstances of this case, has been satisfied.

The factors discussed above outline the context surrounding the differential treatment contained in s. 77(1) of the *Indian Act*. This case involves people who have generally experienced significant historical disadvantage, and interests that are particularly important to those affected by the legislation. Taken together, they lead to a finding that from a subjective-objective perspective, the differential treatment in question violates off-reserve band members' equality rights. Yet neither of these factors should be seen as essential to my conclusions. I would also note that my discussion of the general history of off-reserve band members does not suggest that the conclusion that this legislation violates s. 15(1) would not apply to a band affected by s. 77(1) whose off-reserve members had a different composition or history from that of the general population of off-reserve band members in Canada. Every case of alleged discrimination, of course, must be considered in its own legislative and social context to determine whether it violates the constitutional rights of those affected, but in this case, both the general disadvantage and vulnerability of those affected, and the importance to

distinction renforce le stéréotype selon lequel les membres des bandes indiennes qui n'habitent pas les réserves sont des personnes «moins autochtones» que celles qui y vivent, et qu'elles ne sont pas des membres aussi valables de leur bande respective que les habitants de la réserve. Une personne raisonnable, placée dans la situation des demandeurs et bien informée du contexte, considérerait que la différence de traitement prévue au par. 77(1) tend à indiquer que les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas des personnes aussi valables ou dignes de reconnaissance en tant que membres d'une bande et membres de la société canadienne que ne le sont les membres habitant les réserves, et qu'elle leur accorde moins d'intérêt, de respect et de considération qu'à ces derniers. Suivant cette conclusion qui reconnaît l'existence d'un effet discriminatoire, il a été satisfait à la troisième étape de l'analyse, c'est-à-dire la détermination de l'existence, dans les circonstances de l'espèce, de discrimination fondée sur une violation de la dignité humaine et du droit à l'égalité réelle.

Les facteurs examinés précédemment délimitent le contexte de la différence de traitement prévue au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*. L'affaire dont nous sommes saisis porte sur des personnes qui ont généralement souffert d'importants désavantages historiques, et sur des droits particulièrement importants pour les personnes touchées par la disposition législative contestée. Tous ces facteurs réunis amènent à conclure que, d'un point de vue subjectif-objectif, cette différence de traitement porte atteinte aux droits à l'égalité des membres hors réserve des bandes indiennes. Toutefois, aucun de ces facteurs ne devrait être considéré essentiel à mes conclusions. Je souligne également que l'examen que j'ai fait de l'histoire générale de la situation des membres hors réserve ne tend pas à indiquer que la conclusion — que la disposition législative contestée contrevient au par. 15(1) — ne s'appliquerait pas dans le cas d'une bande visée par le par. 77(1) dont le groupe des membres hors réserve serait, par sa composition ou son histoire, différent de la population générale des membres hors réserve des bandes indiennes au Canada. Chaque allégation de discrimination doit, évidem-

all band members of the affected interests are compelling factors in my conclusions at the third stage of analysis.

ment, être examinée à la lumière du contexte social et législatif qui lui est propre afin de déterminer s'il y a atteinte aux droits constitutionnels des personnes touchées. Cependant, en l'espèce, tant le désavantage général et la vulnérabilité des personnes concernées, que l'importance pour les membres des bandes des droits touchés sont des facteurs décisifs dans mes conclusions à la troisième étape de l'analyse.

94 The above analysis also does not suggest that any distinction between on-reserve and off-reserve band members would be stereotypical, interfere with off-reserve members' dignity, or conflict with the purposes of s. 15(1). There are clearly important differences between on-reserve and off-reserve band members, which Parliament could legitimately recognize. Taking into account, recognizing, and affirming differences between groups in a manner that respects and values their dignity and difference are not only legitimate, but necessary considerations in ensuring that substantive equality is present in Canadian society. The current powers of the band council, as discussed earlier, include some powers that are purely local, affecting matters such as taxation on the reserve, the regulation of traffic, etc. In addition, those living on the reserve have a special interest in many decisions made by the band council. For example, if the reserve is surrendered, they must leave their homes, and this affects them in a direct way it does not affect non-residents. Though non-residents may have an important interest in using them, educational or recreational services on the reserve are more likely to serve residents, particularly if the reserve is isolated or the non-residents live far from it. Many other examples can be imagined.

L'analyse qui précède n'indique pas non plus que toute distinction entre les membres hors réserve des bandes indiennes et les membres habitant les réserves constituerait un stéréotype, porterait atteinte à la dignité des membres hors réserve ou serait incompatible avec les objectifs visés par le par. 15(1). Il existe clairement entre les membres des bandes vivant hors réserve et ceux qui habitent les réserves des différences importantes que le Parlement pourrait légitimement reconnaître. La prise en compte, la reconnaissance et la confirmation des différences qui existent entre divers groupes d'une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence sont des considérations non seulement légitimes mais également nécessaires afin de garantir l'égalité réelle des droits dans la société canadienne. Les pouvoirs dont sont actuellement investis les conseils de bande comprennent, comme on l'a vu précédemment, certains pouvoirs de nature purement locale concernant des questions telles que l'imposition de taxes et la réglementation de la circulation dans la réserve. De plus, les personnes vivant dans une réserve ont un intérêt particulier dans bien des décisions prises par le conseil de leur bande. Par exemple, si la réserve est cédée, ils doivent quitter leur domicile, situation qui a sur eux une incidence qu'elle n'a pas sur les non-résidents. Bien que les non-résidents puissent avoir un intérêt important à se prévaloir des services scolaires et récréatifs offerts dans la réserve, il y a plus de chance que ceux-ci servent les résidents, en particulier si la réserve est isolée ou si les non-résidents habitent loin de celle-ci. Il est possible d'imaginer bon nombre d'autres exemples.

95 Recognizing non-residents' right to substantive equality in accordance with the principle of respect

Pour que soit reconnu le droit des non-résidents à l'égalité réelle conformément au principe du

for human dignity, therefore, does not require that non-residents have identical voting rights to residents. Rather, what is necessary is a system that recognizes non-residents' important place in the band community. It is possible to think of many ways this might be done, while recognizing, respecting, and valuing the different positions, needs, and interests of on-reserve and off-reserve band members. One might be to divide the "local" functions which relate purely to residents from those that affect all band members and have different voting regimes for these functions. A requirement of a double majority, or a right of veto for each group might also respect the full participation and belonging of non-residents. There might be special seats on a band council for non-residents, which give them meaningful, but not identical, rights of participation. The solution may be found in the customary practices of Aboriginal bands. There may be a separate solution for each band. Many other possibilities can be imagined, which would respect non-residents' rights to meaningful and effective participation in the voting regime of the community, but would also recognize the somewhat different interests of residents and non-residents. However, without violating s. 15(1), the voting regime cannot, as it presently does, completely deny non-resident band members participation in the electoral system of representation. Nor can that participation be minimal, insignificant, or merely token.

Therefore, I conclude that the present wording of s. 77(1) violates the right to equality without discrimination of the off-reserve members of bands affected by it. This finding is a general one, and is in no way related to the specific situation of the Batchewana Band. Since the provision has been found to be discriminatory as it applies to all bands

respect de la dignité humaine, il n'est donc pas indispensable que ces personnes jouissent exactement des mêmes droits de vote que les résidents. Ce qu'il faut, c'est plutôt un système qui tienne compte de la place importante des non-résidents au sein de la bande. Il est possible d'imaginer plusieurs moyens d'établir un tel système, tout en reconnaissant, respectant et valorisant les différences qui caractérisent la situation, les besoins et les intérêts des membres vivant hors des réserves et de ceux qui y résident. Une solution pourrait être de séparer les fonctions «locales» qui concernent purement les résidents de celles qui touchent l'ensemble des membres de la bande, et d'accorder des droits de vote différents à l'égard de ces diverses fonctions. Le fait d'exiger une double majorité ou d'accorder un droit de veto à chaque groupe pourrait également être un autre moyen de respecter pleinement le droit d'appartenance et de pleine participation des non-résidents. Des sièges au conseil pourraient être réservés aux non-résidents, ce qui leur assurerait un droit de participation concret mais non identique. La solution réside peut-être dans les coutumes des bandes autochtones. Elle pourrait différer d'une bande à l'autre. Il est possible d'imaginer bien d'autres solutions qui respecteraient le droit des non-résidents de participer concrètement et efficacement au régime électoral de la communauté, tout en reconnaissant les intérêts quelque peu différents de ceux-ci et des résidents. Toutefois, le régime de droit de vote ne peut pas, comme il le fait maintenant, nier complètement aux membres non-résidents des bandes indiennes le droit de participer au système électoral de représentation sans entraîner la violation du par. 15(1). Cette participation ne saurait non plus être minimale, insignifiante ou uniquement symbolique.

Par conséquent, je conclus que le libellé actuel du par. 77(1) porte atteinte au droit à l'égalité, sans discrimination, des membres hors réserve des bandes visées par cette disposition. Cette conclusion a une portée générale et ne se rapporte aucunement à la situation particulière de la bande de Batchewana. Comme la disposition a été jugée discriminatoire dans son application générale à l'ensemble des bandes qu'elle vise, il n'est pas

affected by it, there is no need to consider the specific circumstances of the Batchewana Band.

D. Section 1

97 This Court's approach to s. 1 of the *Charter* was set out by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It was refined and summarized by Iacobucci J. in *Egan*, *supra*, at para. 182:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable. [Emphasis added.]

This articulation of the proper approach was endorsed in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 84, in *Vriend*, *supra*, at para. 108, and in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 76, *per* Iacobucci J.

98 Throughout the s. 1 analysis, it must be remembered that it is the right to substantive equality and the accompanying violation of human dignity that has been infringed when a violation of s. 15(1) has been found. Even when the interests of various disadvantaged groups are affected, s. 15(1) mandates that government decisions must be made in a manner that respects the dignity of all of them, recognizing all as equally capable, deserving, and worthy of recognition. The fact that various minorities or vulnerable groups may have competing interests cannot alone constitute a justification for treating any of them in a substantively unequal manner, nor can it relieve the government of its

nécessaire d'examiner la situation spécifique de la bande de Batchewana.

D. L'article premier

L'approche de notre Cour à l'égard de l'article premier de la *Charte* a été énoncée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Cette approche a été précisée et résumée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Egan*, précité, au par. 182:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier. [Je souligne.]

Cette formulation de l'approche appropriée a été approuvée dans les arrêts *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 84; dans *Vriend*, précité, au par. 108; et dans *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au par. 76, motifs du juge Iacobucci.

Tout au long de l'analyse fondée sur l'article premier, il faut se rappeler que, lorsqu'un tribunal conclut à la violation du par. 15(1) et à la violation de la dignité humaine qui s'ensuit, c'est au droit à l'égalité réelle qu'il a été porté atteinte. Même lorsque les intérêts de différents groupes défavorisés sont touchés, le par. 15(1) exige que les décisions du gouvernement soient prises de manière à respecter la dignité de chacun de ces groupes en tenant compte du fait qu'ils sont tous également capables, méritants et dignes de reconnaissance. Le fait que diverses minorités ou différents groupes vulnérables puissent avoir des intérêts opposés ne peut à lui seul justifier de traiter l'un ou l'autre

burden to justify a violation of a *Charter* right on a balance of probabilities: see *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 88, per Bastarache J.

The first task is to determine the objective of the impugned law and whether it is pressing and substantial. In *Vriend, supra*, Iacobucci J. discussed the proper characterization of the objective of the impugned legislation, at paras. 110 and 111:

Section 1 of the *Charter* states that it is the limits on *Charter* rights and freedoms that must be demonstrably justified in a free and democratic society. It follows that under the first part of the *Oakes* test, the analysis must focus upon the objective of the impugned limitation, or in this case, the omission. . . .

However, in my opinion, the objective of the omission cannot be fully understood in isolation. It seems to me that some consideration must also be given to both the purposes of the Act as a whole and the specific impugned provisions so as to give the objective of the omission the context that is necessary for a more complete understanding of its operation in the broader scheme of the legislation. [Emphasis in original.]

Therefore, it is the objective of the restriction of voting rights to band members ordinarily resident on the reserve that must be considered in this case, although this must be considered along with the purpose of the *Indian Act* as a whole for a complete understanding of the broader scheme of the legislation. It must be remembered that in the case of equality rights, the legislative objective must be sufficiently pressing and substantial to justify a law that has been found to violate the essential human dignity and freedom of those possessed of similar characteristics to the claimants. In this case, Parliament's objective is properly classified as ensuring that those with the most immediate and direct connection with the reserve have a special ability to control its future. This objective, in my opinion, is pressing and substantial. It accords with *Charter* values, by recognizing the important

d'une façon inégale dans les faits, ni dégager le gouvernement de son obligation de justifier la violation d'un droit reconnu par la *Charte* selon la prépondérance des probabilités: voir *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 88, motifs du juge Bastarache.

La première tâche consiste donc à dégager l'objectif du texte de loi contesté et à déterminer s'il est urgent et réel. Dans l'arrêt *Vriend*, précité, le juge Iacobucci a expliqué la façon de qualifier l'objectif du texte de loi contesté, aux par. 110 et 111:

L'article premier de la *Charte* dispose que ce sont les restrictions apportées aux droits et libertés qui y sont garantis dont la justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il s'ensuit que suivant la première partie du critère de l'arrêt *Oakes*, l'analyse doit être axée sur l'objectif de la restriction contestée ou, en l'occurrence, de l'omission. . . .

À mon avis, toutefois, on ne peut appréhender pleinement l'objectif visé par l'omission si on l'analyse isolément. Il me semble qu'il faut prendre également en considération tant les objets de la Loi dans son ensemble que les dispositions particulières contestées, de façon à situer l'objectif de l'omission dans un contexte permettant d'en mieux saisir le sens eu égard à l'économie générale de la loi. [Souligné dans l'original.]

Par conséquent, c'est l'objectif de la restriction du droit de vote aux membres qui résident ordinairement dans la réserve qui doit être examiné en l'espèce, quoique cette restriction doive être considérée en tenant compte de l'objectif de la *Loi sur les Indiens* dans son ensemble, afin de bien saisir le cadre général dans lequel s'inscrit la mesure législative. Il ne faut pas oublier que, dans le cas des droits à l'égalité, l'objectif de la disposition législative contestée doit être suffisamment urgent et réel pour justifier une règle de droit qui porte atteinte à la dignité humaine et à la liberté fondamentales de personnes dotées de caractéristiques semblables à celles des demandeurs. En l'espèce, l'objectif du législateur peut, à juste titre, être décrit comme étant de faire en sorte que ceux qui possèdent les liens les plus directs et les plus immédiats avec la réserve soient habilités de façon

dignity and autonomy interest in one's home and livelihood, and the connection band members feel to their land. Through this provision, Parliament is also moderating the interests of groups with different and possibly conflicting interests.

particulière à décider de son avenir. Il s'agit, à mon avis, d'un objectif urgent et réel. Il est compatible avec les valeurs qui sous-tendent la *Charte* puisqu'il reconnaît, d'une part, l'importance que revêt pour un individu son foyer et son gagne-pain du point de vue de son droit à la dignité et à l'autonomie, et, d'autre part, l'attachement des membres de la bande à leur territoire. Cette disposition permet également au Parlement de concilier les intérêts différents et possiblement opposés de divers groupes.

101 Turning to the proportionality analysis, restricting the vote to those living on the reserve is rationally connected to Parliament's objective. Although both band members living on- and off-reserve have interests in many of the functions determined by voting rights, those living on the reserve do have a more direct interest in many of the band council's functions. In terms of the "local" functions of the band council, they are the only people with an interest. In relation to functions that affect the future of the land or the building of facilities on the reserve, on-reserve band members, in general, have a more direct interest in the decisions of the band council. Decisions about reserve lands affect their current living space, and a decision to surrender the reserve would mean that they would be forced to move from their homes and, in many cases, from their source of earning a livelihood. This statement is not meant to suggest that non-residents would be more likely to surrender the reserve or to make decisions that are not in the interest of the band as a whole, but rather to recognize that those who live on the reserve have particular interests in the land, given current circumstances.

Pour ce qui est du critère de la proportionnalité, la restriction du droit de vote aux résidents de la réserve a un lien rationnel avec l'objectif du Parlement. Bien que les membres des bandes habitant les réserves et ceux qui vivent hors de celles-ci soient touchés par bon nombre des fonctions caractérisées par le droit de vote, ceux qui habitent les réserves ont effectivement un intérêt plus direct dans bien des fonctions du conseil de bande. En ce qui a trait aux fonctions «locales» du conseil de bande, ils sont les seuls à avoir un intérêt. Quant aux fonctions influant sur l'avenir des terres de la réserve ou la construction d'installations dans la réserve, les membres qui résident dans celle-ci ont, en général, un intérêt plus direct et immédiat dans les décisions du conseil de bande. Les décisions concernant les terres de la réserve touchent de façon immédiate le lieu où ils vivent, et la décision de céder la réserve entraînerait pour eux l'obligation de quitter leur domicile et, dans bien des cas, d'abandonner leur gagne-pain. Cette constatation ne saurait suggérer que les non-résidents seraient plus enclins à céder la réserve ou à prendre des décisions qui ne seraient pas dans l'intérêt de l'ensemble de la bande, mais elle reconnaît plutôt que, dans les circonstances actuelles, ceux qui vivent dans la réserve ont des intérêts particuliers dans les terres qui la composent.

102 By ensuring that only those who live on the reserve can vote in relation to all of the band council's functions, s. 77(1) gives them control over the future directions that the band will take, and over decisions about the reserve land on which they live. Excluding non-residents from voting is connected to the objective because, by denying all

En faisant en sorte que seules les personnes vivant dans les réserves puissent voter relativement à toutes les fonctions du conseil de bande, le par. 77(1) leur accorde un droit de regard sur les orientations futures de la bande et sur les décisions concernant les terres de la réserve qu'ils habitent. L'exclusion des non-résidents du régime de droit

others a vote, the legislation ensures that those with the most direct and immediate interest, residents, maintain voting control over the decisions that will affect the future of the reserve.

However, those seeking to uphold this law have not demonstrated that a complete exclusion of non-residents from the right to vote, which violates their equality rights, constitutes a minimal impairment of these rights. Indeed, they have not shown that any infringement of the respondents' equality rights is necessary to achieve this purpose. As I outlined earlier, the guarantee of equality does not require that on- and off-reserve band members be treated the same, and respecting the rights of dignity and belonging of off-reserve band members need not mean ignoring the particular interest of residents in decisions affecting the reserve. I discussed several possible solutions above, which would respect the dignity of off-reserve band members, but would not stereotype them or otherwise violate their right to substantive equality. The appellants have not shown why solutions like special majorities, representative band councils not based directly on population, dividing the local functions from the broader powers of the band council, or other solutions that would not have the effect of suggesting off-reserve band members are less worthy of concern, respect, and consideration could not accomplish this objective.

The appellant Her Majesty the Queen suggests that the current model meets the criterion of minimal impairment because of the administrative difficulties and costs involved in setting up, for example, a two-tiered council where one tier would deal with local issues and the other with issues affecting all band members, or in maintaining a voter's list and conducting elections where the electorate may be widely dispersed. Even

de vote est liée à l'objectif parce que, en privant toutes ces personnes du droit de vote, la loi garantit que ceux qui ont l'intérêt le plus direct et le plus immédiat, en l'occurrence les résidents, conservent, par l'exercice du droit de vote, le pouvoir sur les décisions intéressant l'avenir de la réserve.

Toutefois, ceux qui demandent le maintien de cette disposition législative n'ont pas démontré que le fait de priver complètement les non-résidents de leur droit de vote, mesure qui contrevient à leurs droits à l'égalité, porte le moins possible atteinte à ces droits. De fait, ils n'ont pas prouvé qu'il soit nécessaire de porter atteinte de quelque manière que ce soit aux droits à l'égalité pour réaliser cet objectif. Comme je l'ai expliqué auparavant, la garantie d'égalité ne commande pas que les membres habitant la réserve et les membres vivant hors réserve soient traités de la même façon, et le respect du droit des membres hors réserve d'appartenir à la bande et de leur droit à la dignité n'a pas à se traduire par l'absence de prise en compte de l'intérêt particulier des résidents dans les décisions touchant la réserve. J'ai fait état précédemment de plusieurs solutions possibles, qui respecteraient la dignité des membres hors réserve sans leur attribuer de stéréotypes ou porter atteinte de quelque autre manière à leur droit à l'égalité réelle. Les appelantes n'ont pas établi en quoi des solutions comme les majorités qualifiées, les conseils de bande dont la composition ne refléterait pas directement la population de la réserve, la dissociation des fonctions locales du conseil de bande de ses pouvoirs plus généraux ou d'autres solutions qui n'auraient pas pour effet de suggérer que les membres de la bande vivant hors réserve sont moins dignes d'intérêt, de respect et de considération, ne permettraient pas de réaliser cet objectif.

L'appelante Sa Majesté la Reine prétend que le régime existant respecte le critère de l'atteinte minimale en raison des difficultés administratives et des coûts qu'entraîneraient, par exemple, la mise sur pied d'un conseil à deux paliers, dont l'un aurait compétence sur les questions locales et l'autre sur celles touchant l'ensemble des membres de la bande, ou encore l'établissement et le maintien d'une liste électorale et la tenue d'élections

103

104

assuming that such costs could legitimately constitute a s. 1 justification, these arguments are unconvincing. It must be remembered that the burden of justifying limitations on constitutional rights is upon the government. The government has presented no evidence to show that a system that would respect equality rights is particularly expensive or difficult to implement. Rather, there are many possible solutions that would not be difficult to administer, but would require a creative design of an electoral system that would balance the rights involved. Change to any administrative scheme so it accords with equality rights will always entail financial costs and administrative inconvenience. The refusal to come up with new, different, or creative ways of designing such a system, and to find cost-effective ways to respect equality rights cannot constitute a minimal impairment of these rights. Though the government argues that these costs should not be imposed on small communities such as the Batchewana Band, the possible failure, in the future, of the government to provide Aboriginal communities with additional resources necessary to implement a regime that would ensure respect for equality rights cannot justify a violation of constitutional rights in its legislation.

lorsque l'électorat est très dispersé. À supposer même que de tels coûts puissent légitimement constituer une justification au regard de l'article premier, ces arguments ne sont pas convaincants. Il faut se rappeler que c'est au gouvernement qu'incombe le fardeau de justifier les restrictions apportées aux droits garantis par la Constitution. Or, le gouvernement n'a présenté aucune preuve tendant à montrer qu'un système respectant les droits à l'égalité serait particulièrement coûteux ou difficile d'application. Au contraire, il existe plusieurs solutions possibles qui ne comporteraient pas de difficultés d'administration, mais exigeraient évidemment un effort de créativité afin de concevoir un système électoral mettant en équilibre les droits en cause. La modification de tout régime administratif afin qu'il respecte les droits à l'égalité entraîne inmanquablement des coûts et des inconvénients d'ordre administratif. Le refus de trouver des moyens nouveaux, différents ou inventifs de mettre en place un tel système, ainsi que des solutions rentables pour respecter les droits à l'égalité ne saurait constituer une atteinte minimale à ces droits. Bien que le gouvernement soutienne qu'il ne faille pas imposer de tels coûts à de petites communautés telle la bande de Batchewana, la possibilité que, dans l'avenir, il ne mette pas à la disposition des communautés autochtones les ressources additionnelles nécessaires pour mettre en place un régime qui garantirait le respect des droits à l'égalité, ne saurait justifier la violation de droits constitutionnels dans une disposition législative relevant de son autorité.

105 Since this legislation does not minimally impair the respondents' equality rights, I agree with Strayer J. and the Court of Appeal that it is not justified under s. 1 of the *Charter*.

E. *Remedy*

106 I turn now to the question of the appropriate remedy. The remedial question raises four issues:

(1) whether the appropriate remedy is one that should apply to the Batchewana Band, or to

Puisque la disposition législative contestée ne porte pas atteinte le moins possible aux droits à l'égalité des intimes, je souscris à la conclusion du juge Strayer et de la Cour d'appel fédérale qu'elle n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

E. *La réparation*

Je passe maintenant à la question de la réparation convenable. Celle-ci soulève quatre sous-questions:

(1) Est-ce que la réparation convenable est une réparation qui devrait s'appliquer à la bande de

- the section in its general application across Canada;
- (2) whether the appropriate declaration is one of invalidity or “reading in”;
- (3) whether the declaration should be suspended for a period of time, and, if so, for how long;
- (4) if there is a suspension of the declaration, whether the Batchewana Band will be exempted from this suspension.
- Batchewana ou viser la disposition en cause dans son application générale à l’ensemble du Canada?
- (2) La réparation convenable est-elle une déclaration d’invalidité ou l’application d’une interprétation large?
- (3) Est-ce qu’il y a lieu de suspendre la prise d’effet de la déclaration pour un certain temps, et, si oui, pendant combien de temps?
- (4) Est-ce que, en cas de suspension de la prise d’effet de la déclaration, la bande de Batchewana sera exemptée de cette suspension?

Both courts below confined their remedy to the Batchewana Band. Strayer J.’s order applied only to the Batchewana Band, and specified that s. 77(1) was unconstitutional only in its effects on certain of the provisions of the *Indian Act*. The Court of Appeal granted a constitutional exemption from the application of the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1), for all purposes, to the Batchewana Band. This remedy was granted under s. 24(1) of the *Charter*. The reasons for each of these decisions were different. Strayer J. confined his declaration to the Batchewana Band because the pleadings and evidence related only to that band. The Court of Appeal, in contrast, held that a constitutional exemption was the appropriate remedy, because other bands might be able to demonstrate the existence of an Aboriginal right to control their own voting procedures under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which would, in the case of those bands, make s. 77(1) a valid codification of Aboriginal rights.

There have been various positions taken before this Court as to the appropriate remedy. The respondents support the constitutional exemption granted by the Court of Appeal, and in the alternative, they ask that the offending words in s. 77(1) be declared invalid, that the effect of the declaration be suspended for two years, and that the

Les jugements antérieurs ont limité la portée de la réparation à la bande de Batchewana. L’ordonnance du juge Strayer ne visait que la bande de Batchewana et spécifiait que le par. 77(1) était inconstitutionnel uniquement de par ses effets sur certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens*. La Cour d’appel fédérale a accordé à la bande de Batchewana une exemption constitutionnelle, à tous égards, en ce qui a trait à l’application des mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1). Cette réparation a été accordée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Chacune de ces décisions reposait sur des motifs différents. Le juge Strayer a limité sa déclaration d’invalidité à la bande de Batchewana parce que les actes de procédure et la preuve ne visaient que cette bande. Par contraste, la Cour d’appel fédérale a statué qu’une exemption constitutionnelle était la réparation convenable, car d’autres bandes pourraient être en mesure de démontrer l’existence d’un droit ancestral — visé à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — les habilitant à décider de leur propre procédure de scrutin, ce qui, dans le cas de ces bandes, ferait du par. 77(1) une codification valide de droits ancestraux.

Diverses thèses ont été avancées devant notre Cour en ce qui concerne la réparation convenable. Les intimés plaident le bien-fondé de l’exemption constitutionnelle accordée par la Cour d’appel fédérale et, subsidiairement, ils demandent que le passage attentatoire du par. 77(1) soit déclaré inopérant, que la prise d’effet de cette déclaration soit

Batchewana Band be granted an exemption from the suspension of the declaration. Most interveners who support the position of the respondents argue that the appropriate remedy is a general declaration of invalidity, suspended for a period of time, and an exemption from the suspension for the Batchewana Band.

suspendue pendant deux ans et que la bande de Batchewana soit exemptée de la suspension de la prise d'effet de la déclaration. La plupart des intervenants qui appuient la thèse des intimés affirment que la réparation convenable est une déclaration générale d'invalidité, dont la prise d'effet serait suspendue pendant un certain temps et qui serait assortie d'une exemption de la suspension en faveur de la bande de Batchewana.

109 The appellant Her Majesty the Queen argues that if relief is to be given, the proper remedy is a general declaration of invalidity, together with a suspension of the effect of the declaration for a period of time, rather than a constitutional exemption. The Batchewana Band, too, argues that a constitutional exemption is inappropriate in this case. If the legislation is found to be unconstitutional, the band argues, the appropriate remedy is to make an "interim ruling" that the legislation is unconstitutional. The band asks that the Court make no order in relation to the validity of the legislation at this time, but rather declare the legislation unconstitutional, and order the band, in conjunction with its on- and off-reserve members and with the Minister, to develop its own customary voting rules that would respect the principles of the *Charter*. It argues that at the end of a reporting period, if the legislation has not been changed in the appropriate way, the Court should then make a formal order. In the alternative, it suggests, a suspended declaration of invalidity is appropriate. Finally, the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council argues for a remedy confined to this band, but suggests that if a general declaration of invalidity is made, its effect should be suspended for a period of time, and the government should be ordered to re-negotiate, in good faith, existing treaties with Aboriginal people in order to give them more land and resources to deal with the increase in membership caused by Bill C-31.

L'appelante Sa Majesté la Reine soutient que, s'il y a lieu d'accorder une réparation, celle-ci devrait être une déclaration générale d'invalidité assortie d'une suspension de sa prise d'effet pendant un certain temps, plutôt qu'une exemption constitutionnelle. La bande de Batchewana affirme, elle aussi, qu'une exemption constitutionnelle n'est pas la réparation convenable en l'espèce. Si la disposition législative est jugée inconstitutionnelle, soutient la bande, la réparation convenable consiste à rendre une [TRADUCTION] «décision intérimaire» portant qu'elle est inconstitutionnelle. La bande demande à notre Cour de ne pas rendre d'ordonnance quant à la validité de la disposition législative pour l'instant, mais plutôt de déclarer celle-ci inconstitutionnelle et d'ordonner à la bande d'établir, de concert avec ses membres résidents, ses membres hors réserve et le ministre, ses propres règles relatives au droit de vote fondées sur la coutume et conformes aux principes de la *Charte*. Elle prétend que si, à l'expiration du délai qui serait imparti pour faire rapport, la loi n'avait pas été modifiée de la manière appropriée, la Cour devrait alors rendre une ordonnance formelle. Subsidiairement, elle suggère qu'une déclaration d'invalidité dont la prise d'effet serait suspendue constituerait une réparation convenable. Finalement, l'intervenant Lesser Slave Indian Regional Council sollicite une réparation limitée à cette bande, mais indique que, si une déclaration générale d'invalidité était prononcée, sa prise d'effet devrait être suspendue pendant un certain temps, et qu'il devrait être ordonné au gouvernement de renégocier de bonne foi les traités existants avec les peuples autochtones afin de leur attribuer plus de terres et de ressources afin qu'ils puissent faire face à l'augmentation du nombre de leurs membres causée par le projet de loi C-31.

In determining the appropriate remedy, the Court must be guided by the principles of respect for the purposes and values of the *Charter*, and respect for the role of the legislature: *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 700-701; *Vriend, supra*, at para. 148. The first principle was well expressed by Sopinka J. in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104:

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

The first question is whether the appropriate remedy is a constitutional exemption, or one that applies in general. The finding of invalidity above relates not only to the Batchewana Band, but to the legislation in general as it applies to all bands. Therefore, in principle there is no reason that the remedy should be confined to the circumstances of the Batchewana Band. A remedy should normally be as extensive as the violation of equality rights which has been found. The constitutional exemption may apply when it has not been proven that legislation is unconstitutional in general, but that it is unconstitutional in its application to a small subsection of those to whom the legislation applies: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 783; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 629; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 572-73, *per* Lamer C.J., dissenting. This is not the case here.

However, the Court of Appeal held that it would be appropriate to grant a constitutional exemption, since other bands may be able to demonstrate an Aboriginal right to exclude non-residents from decision making, which would affect the analysis of the constitutionality of this provision. With all

Dans la détermination de la réparation convenable, la Cour doit suivre le principe du respect des objectifs visés par la *Charte* et des valeurs qu'elle exprime, ainsi que le principe du respect du rôle du législateur: *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux pp. 700 et 701; *Vriend*, précité, au par. 148. Le juge Sopinka a bien exprimé le premier principe dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 104:

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

La première question consiste à se demander si la réparation convenable est une exemption constitutionnelle ou une réparation d'application générale. La conclusion d'invalidité tirée précédemment vise non seulement la bande de Batchewana mais la mesure législative en général dans son application à toutes les bandes. En conséquence, il n'y a en principe aucune raison de limiter la réparation à la situation de la bande de Batchewana. La portée de la réparation doit normalement être de la même étendue que la violation des droits à l'égalité à laquelle le tribunal a conclu. L'exemption constitutionnelle peut s'appliquer dans les cas où il n'a pas été prouvé que la mesure législative est inconstitutionnelle de façon générale, mais qu'elle l'est dans son application à un petit groupe parmi les personnes auxquelles elle s'applique: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 783; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 629; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 572 et 573, motifs du juge en chef Lamer, dissident. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

Toutefois, la Cour d'appel fédérale a décidé qu'il serait opportun d'accorder une exemption constitutionnelle, puisque d'autres bandes pourraient être en mesure de démontrer l'existence d'un droit ancestral les autorisant à exclure les non-résidents du processus décisionnel, ce qui

110

111

112

due respect, a constitutional exemption is not an appropriate remedy in this case. If certain bands can demonstrate an Aboriginal or treaty right to restrict non-residents from voting, this in no way affects the constitutionality of the impugned section of the *Indian Act*. It is the order in council made pursuant to s. 74(1), bringing the band within the application of the *Indian Act's* electoral rules, which would have to be challenged under such a claim. In analysing such a case, it would have to be determined whether an Aboriginal right had been proven, whether the legislation as it then stands infringes that right, and whether that infringement is justified: see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Van der Peet*, *supra*. A court would also be required to examine how s. 25 of the *Charter* functions when Aboriginal rights are challenged, and how it interacts with other interpretive provisions of the *Charter*.

influencerait l'analyse de la constitutionnalité de cette disposition. Avec égards, l'exemption constitutionnelle n'est pas la réparation convenable en l'espèce. Si certaines bandes peuvent démontrer l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité leur permettant de priver les non-résidents du droit de vote, cela n'a aucune incidence sur la constitutionnalité du paragraphe contesté de la *Loi sur les Indiens*. Dans le cadre d'une telle demande, c'est alors l'arrêté pris en application du par. 74(1) et ayant pour effet d'assujettir la bande concernée aux règles électorales de la *Loi sur les Indiens* qui devrait être contesté. Dans l'analyse d'un tel cas, il faudrait déterminer si l'existence d'un droit ancestral a été prouvée, si la mesure législative en vigueur à ce moment-là porte atteinte à ce droit et si cette atteinte est justifiée: voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Van der Peet*, précité. Le tribunal saisi de la demande devrait également déterminer de quelle façon l'art. 25 de la *Charte* agit lorsque des droits ancestraux sont contestés et de quelle façon il interagit avec les autres dispositions interprétatives de la *Charte*.

113 Nor would such a remedy be the order most respectful of the equality rights of off-reserve band members. If a constitutional exemption were granted, this would place a heavy burden on off-reserve band members, since it would require those in each band to take legal action to put forward their claim. Equality within bands does not require such a heavy burden on claimants. In addition, establishing as a principle that where s. 35 Aboriginal rights might be involved, equality rights must be determined on a band-by-band basis would make the equality rights of Aboriginal people much harder to uphold than those of others, in certain cases. For these reasons, the appropriate remedy is one that applies to the legislation in general, under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and not one confined to the Batchewana Band.

Une telle réparation ne serait pas non plus une décision respectant le plus les droits à l'égalité des membres hors réserve des bandes indiennes. Si une exemption constitutionnelle était accordée, elle imposerait un lourd fardeau à ces membres, puisqu'elle obligerait les membres non résidents de chaque bande à engager une action en justice pour faire valoir leur prétention. L'égalité au sein des bandes ne commande pas qu'un fardeau aussi lourd soit imposé aux demandeurs. En outre, poser le principe selon lequel, lorsqu'il est possible que des droits ancestraux visés à l'art. 35 soient en cause, il faille statuer sur les droits à l'égalité pour chaque bande, les droits à l'égalité des Autochtones seraient alors, dans certains cas, beaucoup plus difficiles à faire respecter que ceux des autres. Pour ces motifs, la réparation convenable est une réparation qui s'applique à la mesure législative en général, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non seulement à la bande de Batchewana.

114 The next issue is what form the general remedy will take. The nature of the violation of equality

Il faut maintenant décider de la forme que prendra cette réparation générale. La nature de

rights that has been found in this case is different than any that this Court has addressed before. It has been found that, though it would be legitimate for Parliament to create different voting rights for reserve residents and people living off-reserve, in a manner that recognizes non-residents' place in the community, it is not legitimate for Parliament to completely exclude them from voting rights. This is also a situation where the primary effects of this decision will not be felt by the government, but by the bands themselves. In respecting the role of Parliament, these factors should be critical.

In my opinion, it would be inappropriate for this Court to “read in” to the *Indian Act* voting rights for non-residents so that they would be voters for certain purposes but not others. This would involve considerable detailed changes to the legislative scheme. Designing such a detailed scheme, and choosing among various possible options, is not an appropriate role for the Court in this case (see *M. v. H.*, *supra*, at para. 142, *per* Iacobucci J.).

There are a number of ways this legislation may be changed so that it respects the equality rights of non-resident band members. Because the regime affects band members most directly, the best remedy is one that will encourage and allow Parliament to consult with and listen to the opinions of Aboriginal people affected by it. The link between public discussion and consultation and the principles of democracy was recently reiterated by this Court in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 68: “a functioning democracy requires a continuous process of discussion”. The principle of democracy underlies the Constitution and the *Charter*, and is one of the important factors guiding the exercise of a court’s remedial discretion. It encourages remedies that allow the democratic process of consultation and dialogue to occur. In P. W. Hogg and A. A. Bushnell, “The *Charter* Dialogue Between Courts and Legisla-

l’atteinte aux droits à l’égalité qui a été constatée en l’espèce est différente de toutes celles qu’a examinées notre Cour jusqu’à maintenant. Il a été jugé que, bien qu’il soit légitime pour le Parlement de créer des droits de vote différents pour les membres qui résident dans les réserves et pour ceux qui vivent en dehors de celles-ci, d’une manière qui reconnaisse la place de ces derniers dans la communauté, il n’est pas légitime pour le Parlement de les priver complètement du droit de vote. Il s’agit également d’une situation où les effets premiers de cette décision ne seront pas ressentis par le gouvernement, mais par les bandes elles-mêmes. Ces facteurs sont cruciaux pour décider du respect à accorder au rôle du législateur.

À mon avis, il ne conviendrait pas que notre Cour donne à la *Loi sur les Indiens* une «interprétation large», qui aurait pour effet d’accorder aux non-résidents un droit de vote les habilitant à se prononcer sur certaines questions mais non sur d’autres. Une telle décision impliquerait des modifications considérables et détaillées au régime établi par la loi. Élaborer un régime aussi détaillé et choisir parmi plusieurs options ne sont pas des rôles appropriés pour notre Cour en l’espèce (voir *M. c. H.*, précité, au par. 142, motifs du juge Iacobucci).

Il existe plusieurs façons de modifier la mesure législative en cause pour qu’elle respecte les droits à l’égalité des membres non résidents des bandes Indiennes. Parce que les membres des bandes sont les plus directement touchés par le régime, la meilleure réparation sera celle qui encouragera le Parlement à consulter les Autochtones concernés ainsi qu’à recueillir leur opinion, et qui lui permettra de le faire. Le lien entre la discussion publique, la consultation et les principes de la démocratie a été réaffirmé récemment par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 68: «le bon fonctionnement d’une démocratie exige un processus permanent de discussion». Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la *Charte*, et il est l’un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l’élaboration de réparations

115

116

tures (Or Perhaps the *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, the authors characterize judicial review under the *Charter* as a "dialogue" between courts and legislatures. The remedies granted under the *Charter* should, in appropriate cases, encourage and facilitate the inclusion in that dialogue of groups particularly affected by legislation. In determining the appropriate remedy, a court should consider the effect of its order on the democratic process, understood in a broad way, and encourage that process. As Iacobucci J. observed in *Vriend, supra*, at para. 176:

[T]he concept of democracy means more than majority rule as Dickson C.J. so ably reminded us in *Oakes, supra*. In my view, a democracy requires that legislators take into account the interests of majorities and minorities alike, all of whom will be affected by the decisions they make.

117 Constitutional remedies should encourage the government to take into account the interests, and views, of minorities. In this way, the principle of democracy that was recognized as an underlying principle of the Constitution in *Reference re Secession of Quebec, supra*, and was emphasized as an important remedial consideration in *Schachter, supra*, and *Vriend, supra*, will best be given expression.

118 The above principles suggest, in my view, that the appropriate remedy is a declaration that the words "and is ordinarily resident on the reserve" in s. 77(1) are invalid, and that the effect of this declaration of invalidity be suspended for 18 months. The suspension is longer than the period that would normally be allotted in order to give legislators the time necessary to carry out extensive consultations and respond to the needs of the different groups affected. It will also allow Parliament, if it wishes, to modify s. 77(2) at the same time, which contains the same residency requirement for bands

permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. Dans P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, les auteurs qualifient le contrôle judiciaire au regard de la *Charte* de [TRADUCTION] «dialogue» entre les tribunaux et le législateur. Les réparations accordées en vertu de la *Charte* doivent, dans les cas qui s'y prêtent, encourager et faciliter la participation à ce dialogue des groupes qui sont touchés de façon particulière par la loi en cause. Pour décider de la réparation convenable, le tribunal doit prendre en compte l'effet de son ordonnance sur le processus démocratique, pris au sens large, et encourager ce processus. Comme a fait observer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 176:

[L]a notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde.

Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. C'est ainsi que sera le mieux affirmé le principe de la démocratie, qui a été reconnu comme principe sous-jacent de la Constitution dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, et dont on a souligné l'importance en tant que considération en matière de réparation dans les arrêts *Schachter* et *Vriend*, précités.

À mon avis, les principes susmentionnés tendent à indiquer que la réparation convenable consiste à déclarer invalides les mots «et réside ordinairement sur la réserve» au par. 77(1) et à suspendre pour 18 mois l'effet de cette déclaration d'invalidité. Cette période de suspension des effets est plus longue que celle qui serait normalement accordée, ce afin de donner au législateur le temps nécessaire pour tenir de vastes consultations et répondre aux besoins des différents groupes touchés. Cette mesure permettra également au Parlement, s'il le désire, de modifier par la même occasion le

whose councillors are elected in electoral sections, and which, given the values espoused in this decision, will also require revision to conform with s. 15(1). Severing the offending words from the rest of the statute will ensure that, should Parliament choose not to act, all non-residents will be included as voters under s. 77(1), but the nature of band governance and the requirements for voting will otherwise remain the same.

I recognize that suspending the effect of the declaration, combined with the extension of the suspension for such a long period is, in the words of the Chief Justice in *Schachter, supra*, at p. 716, “a serious matter from the point of view of the *Charter*. A delayed declaration allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation”. However, this best embodies the principles of respect for *Charter* rights and respect for democracy that should guide remedial considerations. Should Parliament decide to change the scheme, it will have an extended period of time in which to consult with those affected by the legislation and balance the affected interests in a manner that respects Aboriginal rights and all band members’ equality interests. Should Parliament not change the scheme, off-reserve band members will gain voting rights within the existing scheme.

I also recognize that some may see the section, with the words “and is ordinarily residence on the reserve” no longer included, as possibly giving rise to other constitutional issues. In ordering this remedy, the Court does not foreclose the possibility that, if Parliament does not act to change the legislation, s. 77(1) or related sections of the *Indian Act*

par. 77(2) qui établit la même obligation de résidence dans le cadre des élections des bandes dont les conseillers sont élus par sections électorales, et qui, compte tenu des valeurs exprimées dans la présente décision, devra également être révisé pour assurer sa conformité avec le par. 15(1). La dissociation des mots attentatoires du reste de la loi permettra de faire en sorte que, au cas où le Parlement choisirait de ne pas agir, tous les non-résidents soient comptés parmi les électeurs pour l’application du par. 77(1), mais que la nature du régime d’administration des affaires des bandes et les conditions d’exercice du droit de vote restent par ailleurs inchangées.

Je reconnais que la suspension de la prise d’effet de la déclaration pour une période aussi longue constitue, suivant les termes utilisés par le Juge en chef dans l’arrêt *Schachter*, précité, à la p. 716, «une question sérieuse du point de vue de l’application de la *Charte*, car on se trouve alors à permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*». Toutefois, il s’agit de la réparation qui incarne le mieux le principe du respect des droits garantis par la *Charte* et celui du respect de la démocratie qui doivent guider le choix de la réparation. Si le Parlement décidait de modifier le régime, il disposerait d’un délai convenable pour consulter les personnes touchées par la loi et pour concilier les intérêts en cause d’une manière qui respecte les droits ancestraux ainsi que les droits à la dignité et à l’égalité de l’ensemble des membres des bandes. Si le Parlement décidait de ne pas modifier le régime, les membres vivant hors réserve des bandes Indiennes obtiendraient alors le droit de voter dans le cadre du régime actuel.

Je reconnais également que certains considéreront peut-être que, une fois amputé des mots «et réside ordinairement sur la réserve», l’article en cause pourrait soulever d’autres questions constitutionnelles. En ordonnant cette réparation, la Cour n’écarte pas la possibilité que, dans l’éventualité où le Parlement ne modifie pas la loi, le par. 77(1) ou d’autres dispositions connexes de la *Loi sur les Indiens* puissent être contestés en vertu de la

119

120

may be the subject of a constitutional challenge by on-reserve band members or others.

Constitution par des membres des bandes indiennes habitant les réserves ou par d'autres personnes.

121 This suspension of the effect of the declaration, along with the extended period of suspension, is ordered to enable Parliament to consult with the affected groups, and to redesign the voting provisions of the *Indian Act* in a nuanced way that respects equality rights and all affected interests, should it so choose. However, should decisions be made during that period without non-residents' involvement that directly affect their interests and which directly prejudice them, it may be that the decisions themselves could be challenged as violations of non-residents' equality rights. The suspension of the effect of the declaration, in other words, is not a suspension of non-residents' equality rights. Decisions must still be made with respect for those rights.

Cette suspension de la prise d'effet de la déclaration pour une durée prolongée est ordonnée afin de donner au Parlement la possibilité de consulter les groupes touchés et de réviser les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives au droit de vote en y apportant les nuances propres à assurer le respect des droits à l'égalité et de tous les intérêts en cause, s'il choisit d'agir ainsi. Toutefois, il convient également de souligner que si, durant cette période, il était pris, sans la participation des membres non résidents, des décisions touchant directement leurs intérêts et leur causant directement préjudice, les décisions elles-mêmes pourraient bien être attaquées pour le motif qu'elles contreviennent aux droits à l'égalité des non-résidents. En d'autres mots, la suspension de la prise d'effet de la déclaration n'est pas une suspension des droits à l'égalité des membres non résidents. Les décisions doivent continuer d'être prises dans le respect de ces droits.

122 The final determination is whether the Batchewana Band will be exempted from the suspension of the effect of the declaration. In general, litigants who have brought forward a *Charter* challenge should receive the immediate benefits of the ruling, even if the effect of the declaration is suspended: see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 20. In my opinion, however, this is one of the exceptional cases where immediate relief should not be given to those who brought the action.

Il ne reste plus qu'à décider s'il y a lieu d'exempter la bande de Batchewana de la suspension de la prise d'effet de la déclaration. En général, les plaideurs qui ont présenté une contestation fondée sur la *Charte* doivent profiter des avantages immédiats de la décision, même si la prise d'effet de la déclaration est suspendue: voir le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, au par. 20. À mon avis, cependant, la présente affaire est l'un de ces cas exceptionnels où une réparation immédiate ne devrait pas être accordée à ceux qui ont intenté l'action.

123 Professor Roach in *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-85 and 14-86, has identified two possible reasons for which, in general, the claimant in a particular case may have the right to an exemption from the suspension of the effect of the declaration of invalidity, and therefore an immediate remedy:

Dans *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), aux pp. 14-85 et 14-86, le professeur Roach a fait état de deux raisons possibles pour lesquelles, en général, le demandeur dans une affaire donnée devrait être exempté de la suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité et avoir droit à une réparation immédiate:

Corrective justice would suggest that the successful applicant has a right to remedy while regulatory or

[TRADUCTION] Suivant la justice «corrective» le demandeur qui a gain de cause aurait droit à une réparation,

public law approaches would only be concerned with giving the applicants enough incentive to bring their case to court.

However, I do not believe that either of these considerations applies in the case at bar. What is at issue in this Court is not a remedy affecting band councils elected under the previous regime, but rather a declaration that will have the effect of changing future election rules. If Parliament chooses either not to act, or to change the legislation to conform with this ruling, the respondents will receive a remedy after the period of suspension expires or when the new legislation comes into effect. This both gives them a personal remedy, and gives applicants in analogous situations an incentive to bring their case forward.

Unlike in other cases where this Court has granted an exemption from the suspension, there are strong administrative reasons not to grant immediate relief to the members of the Batchewana Band. If an exemption from the suspension is given, the Batchewana Band will have to adapt to the inclusion of all non-residents as voters within the existing scheme in the short term. This will require some administrative adjustment. If Parliament then decides to amend the legislation, the Batchewana Band and its members will be required to adapt to a third voting system in a short period of time. This would be inappropriate, and inconsistent with the principles underlying constitutional remedies.

Since writing these reasons, I have had the advantage of reading the opinion of my colleagues McLachlin and Bastarache JJ. To the extent that their reasons suggest a departure from the approach to defining analogous grounds taken in *Andrews*, *Turpin*, *Egan*, *Miron*, and *Law*, I must respectfully disagree with their analysis. However, this being said, in my view there is no substantive

alors que l'approche suivie en droit public ou en droit d'origine réglementaire se limite à donner aux demandeurs une raison suffisante pour les inciter à s'adresser aux tribunaux.

Toutefois, je ne crois pas que l'une ou l'autre de ces considérations s'applique en l'espèce. Ce qui est en cause devant notre Cour, ce n'est pas une réparation visant les conseils de bande élus sous le régime précédent, mais bien une déclaration qui aura pour effet de changer les règles applicables aux élections futures. Si le Parlement décide de ne pas agir ou encore de modifier la loi pour se conformer à la présente décision, les intimés obtiendront une réparation après l'expiration du délai de suspension ou lorsque les nouvelles mesures législatives entreront en vigueur. La solution retenue a pour effet d'accorder aux intimés une réparation personnelle et de servir d'encouragement à d'éventuels demandeurs se trouvant dans une situation analogue pour qu'ils prennent action à leur tour.

Contrairement aux autres affaires dans lesquelles notre Cour a accordé une exemption de la suspension, il existe en l'espèce de solides raisons administratives justifiant de ne pas accorder de réparation immédiate aux membres de la bande de Batchewana. Si une exemption de la suspension était accordée, la bande de Batchewana devrait s'adapter à des modifications immédiates au régime actuel, ce qui nécessiterait des ajustements administratifs. Par la suite, la bande de Batchewana et ses membres devraient vraisemblablement s'adapter à un troisième régime électoral à l'intérieur d'une courte période. Une telle situation serait inopportune et incompatible avec les principes qui sous-tendent les réparations constitutionnelles.

Depuis la rédaction des présents motifs, j'ai pris connaissance de l'opinion de mes collègues les juges McLachlin et Bastarache. Dans la mesure où leurs motifs suggèrent de déroger à l'approche qui a été appliquée dans les arrêts *Andrews*, *Turpin*, *Egan*, *Miron* et *Law* en ce qui concerne la définition des motifs analogues, je dois, avec égards, exprimer mon désaccord avec leur analyse. Toutefois, cela étant dit, je suis d'avis qu'il n'y a pas de différence substantielle entre nos motifs respectifs

124

125

difference in our respective reasons in the approach to the case at bar.

VI. Disposition

126 Therefore, I would dismiss the appeal, but modify the remedy designed by the Federal Court of Appeal. I would declare invalid the words “and is ordinarily resident on the reserve” in s. 77(1) of the *Indian Act* and suspend the effect of this declaration for 18 months. I would award costs to the respondents. I would answer the restated constitutional questions as follows:

1. Do the words “and is ordinarily resident on the reserve” contained in s. 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, contravene s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, either generally or with respect only to members of the Batchewana Indian Band?

Yes, in their general application.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 77(1) of the *Indian Act* demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

Appeal dismissed with costs but remedy modified.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen: George Thomson, Ottawa.

Solicitor for the appellant the Batchewana Indian Band: William B. Henderson, Toronto.

Solicitor for the respondents: Gary E. Corbière, Garden River, Ontario.

Solicitors for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Kent Roach and Kimberly R. Murray, Toronto.

Solicitors for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Phillips & Milen, Regina.

au regard de l'approche applicable au présent pourvoi.

VI. Le dispositif

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi, mais je modifierais la réparation ordonnée par la Cour d'appel fédérale. Je déclarerais invalides les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* et je suspendrais pour 18 mois la prise d'effet de cette déclaration, avec dépens en faveur des intimés. Je répondrais de la manière suivante aux questions constitutionnelles reformulées:

1. Les mots «et réside ordinairement sur la réserve» figurant au par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, contreviennent-ils au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit de façon générale, soit uniquement en ce qui concerne les membres de la bande Indienne de Batchewana?

Oui, dans leur application générale.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le par. 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est-il une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Pourvoi rejeté avec dépens mais réparation modifiée.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine: George Thomson, Ottawa.

Procureur de l'appelante la bande Indienne de Batchewana: William B. Henderson, Toronto.

Procureur des intimés: Gary E. Corbière, Garden River (Ontario).

Procureurs de l'intervenant Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Kent Roach et Kimberly R. Murray, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones: Phillips & Milen, Regina.

Solicitor for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Catherine M. Twinn, Slave Lake, Alberta.

Solicitors for the intervener the Native Women's Association of Canada: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.

Solicitors for the intervener the United Native Nations Society of British Columbia: McIvor Nahanee Law Office, Merritt, British Columbia.

Procureur de l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Catherine M. Twinn, Slave Lake (Alberta).

Procureurs de l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.

Procureurs de l'intervenant United Native Nations Society of British Columbia: McIvor Nahanee Law Office, Merritt (Colombie-Britannique).