

**John Michael Kapp, Robert Agricola, William Anderson, Albert Armstrong, Dale Armstrong, Lloyd James Armstrong, Pasha Berlak, Kenneth Axelson, Michael Bemi, Leonard Botkin, John Brodie, Darrin Chung, Donald Connors, Bruce Crosby, Barry Dolby, Wayne Ellis, William Gaunt, George Horne, Hon van Lam, William Leslie Sr., Bob M. McDonald, Leona McDonald, Stuart McDonald, Ryan McEachern, William McIsaac, Melvin (Butch) Mitchell, Ritchie Moore, Galen Murray, Dennis Nakutsuru, Theodore Neef, David Luke Nelson, Phuoc Nguyen, Nung Duc Gia Nguyen, Richard Nomura, Vui Phan, Robert Powroznik, Bruce Probert, Larry Salmi, Andy Sasidiak, Colin R. Smith, Donna Sonnenberg, Den van Ta, Cedric Towers, Thanh S. Tra, George Tudor, Mervin Tudor, Dieu To Ve, Albert White, Gary Williamson, Jerry A. Williamson, Spencer J. Williamson, Kenny Yoshikawa, Dorothy Zilcosky and Robert Zilcosky** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Tsawwassen First Nation, Haisla Nation, Songhees Indian Band, Malahat First Nation, T'Sou-ke First Nation, Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and Beecher Bay Indian Band (collectively Te'mexw Nations), Heiltsuk Nation, Musqueam Indian Band, Cowichan Tribes, Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, Aboriginal Fishing Vessel Owners Association, United Fishermen and Allied Workers**

**John Michael Kapp, Robert Agricola, William Anderson, Albert Armstrong, Dale Armstrong, Lloyd James Armstrong, Pasha Berlak, Kenneth Axelson, Michael Bemi, Leonard Botkin, John Brodie, Darrin Chung, Donald Connors, Bruce Crosby, Barry Dolby, Wayne Ellis, William Gaunt, George Horne, Hon van Lam, William Leslie Sr., Bob M. McDonald, Leona McDonald, Stuart McDonald, Ryan McEachern, William McIsaac, Melvin (Butch) Mitchell, Ritchie Moore, Galen Murray, Dennis Nakutsuru, Theodore Neef, David Luke Nelson, Phuoc Nguyen, Nung Duc Gia Nguyen, Richard Nomura, Vui Phan, Robert Powroznik, Bruce Probert, Larry Salmi, Andy Sasidiak, Colin R. Smith, Donna Sonnenberg, Den van Ta, Cedric Towers, Thanh S. Tra, George Tudor, Mervin Tudor, Dieu To Ve, Albert White, Gary Williamson, Jerry A. Williamson, Spencer J. Williamson, Kenny Yoshikawa, Dorothy Zilcosky et Robert Zilcosky** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Première nation Tsawwassen, Nation Haisla, bande indienne des Songhees, Première nation Malahat, Première nation des T'Sou-ke, Première nation Snaw-naw-as (Nanoose) et bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées Nations Te'mexw), Nation Heiltsuk, bande indienne des Musqueams, tribus Cowichan, Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, Aboriginal Fishing Vessel Owners Association, United**

**Union, Japanese Canadian Fishermens Association, Atlantic Fishing Industry Alliance, Nee Tahi Buhn Indian Band, Tseshahht First Nation and Assembly of First Nations** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. KAPP**

**Neutral citation: 2008 SCC 41.**

File No.: 31603.

2007: December 11; 2008: June 27.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Affirmative action programs — Relationship between s. 15(1) and s. 15(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Ambit and operation of s. 15(2) — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether program protected by s. 15(2) of Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Aboriginal rights and freedoms not affected by Charter — Right to equality — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether s. 25 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to insulate program from discrimination charge.*

**Fishermen and Allied Workers Union, Japanese Canadian Fishermens Association, Atlantic Fishing Industry Alliance, bande indienne Nee Tahi Buhn, Première nation Tseshahht et Assemblée des Premières nations** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. KAPP**

**Référence neutre : 2008 CSC 41.**

N° du greffe : 31603.

2007 : 11 décembre; 2008 : 27 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Programmes de promotion sociale — Lien entre les art. 15(1) et 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — Portée et application de l'art. 15(2) — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — Le programme en cause est-il protégé par l'art. 15(2) de la Charte?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Maintien des droits et libertés des Autochtones — Droit à l'égalité — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — L'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés soustrait-il le programme en cause à l'accusation de discrimination?*

*Fisheries — Commercial fishery — Aboriginal Fisheries Strategy — Communal fishing licence issued under pilot sales program granting members of three aboriginal bands exclusive right to fish for salmon for period of 24 hours — Commercial, mainly non-aboriginal, fishers excluded from fishery at that time alleging a breach of their equality rights on basis of race-based discrimination — Whether licence constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.*

The federal government's decision to enhance aboriginal involvement in the commercial fishery led to the Aboriginal Fisheries Strategy. A significant part of the Strategy was the introduction of three pilot sales programs, one of which resulted in the issuance of a communal fishing licence to three aboriginal bands, permitting fishers designated by the bands to fish for salmon in the mouth of the Fraser River for a period of 24 hours and to sell their catch. The appellants, who are all commercial fishers, mainly non-aboriginal, excluded from the fishery during this 24-hour period, participated in a protest fishery and were charged with fishing at a prohibited time. At their trial, they argued that the communal fishing licence discriminated against them on the basis of race. The trial judge found that the licence granted to the three bands was a breach of the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that was not justified under s. 1 of the *Charter*. Proceedings on all the charges were stayed. A summary convictions appeal by the Crown was allowed. The stay of proceedings was lifted and convictions were entered against the appellants. The Court of Appeal upheld that decision.

*Held:* The appeal should be dismissed. The communal fishing licence was constitutional.

*Per* McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The communal fishing licence falls within the ambit of s. 15(2) of the *Charter*, and the appellants' claim of a violation of s. 15 cannot succeed. [3]

Section 15(1) and s. 15(2) work together to promote the vision of substantive equality that underlies s. 15 as a whole. The focus of s. 15(1) is on preventing

*Pêche — Pêche commerciale — Stratégie relative aux pêches autochtones — Permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures — Pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, à qui il était interdit de pêcher pendant cette période, alléguant l'existence d'une atteinte à leurs droits à l'égalité en raison d'une mesure discriminatoire fondée sur la race — Le permis était-il conforme à la Constitution? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.*

La décision du gouvernement fédéral de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale est à l'origine de la Stratégie relative aux pêches autochtones. Cette stratégie a, dans une large mesure, consisté à établir trois programmes pilotes de vente, dont l'un a donné lieu à la délivrance, aux trois bandes autochtones, d'un permis de pêche communautaire autorisant les pêcheurs désignés par ces bandes à pêcher le saumon à l'embouchure du fleuve Fraser pendant une période de 24 heures, de même qu'à vendre leurs prises. Les appelants, tous des pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, qui se sont vu interdire de pêcher pendant cette période de 24 heures, ont participé à une pêche de protestation et ont été accusés d'avoir pêché pendant une période interdite. Lors de leur procès, ils ont fait valoir que le permis de pêche communautaire était discriminatoire à leur égard en raison de leur race. Le juge de première instance a conclu que le permis délivré aux trois bandes portait atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que cette atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Il a ordonné l'arrêt des procédures relatives à toutes les accusations. L'appel de la Couronne contre les déclarations sommaires de culpabilité a été accueilli. L'arrêt des procédures a été levé et des déclarations de culpabilité ont été inscrites contre les appelants. La Cour d'appel a maintenu cette décision.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté. Le permis de pêche communautaire était conforme à la Constitution.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Le permis de pêche communautaire relève du par. 15(2) de la *Charte* et l'allégation des appelants voulant qu'il y ait eu violation de l'art. 15 ne saurait être retenue. [3]

Les paragraphes 15(1) et 15(2) ont pour effet combiné de promouvoir l'idée d'égalité réelle qui sous-tend l'ensemble de l'art. 15. Le paragraphe 15(1) a pour objet

governments from making distinctions based on enumerated or analogous grounds that have the effect of perpetuating disadvantage or prejudice or imposing disadvantage on the basis of stereotyping. The focus of s. 15(2) is on enabling governments to pro-actively combat discrimination by developing programs aimed at helping disadvantaged groups improve their situation. Through s. 15(2), the *Charter* preserves the right of governments to implement such programs without fear of challenge under s. 15(1). It is thus open to the government, when faced with a s. 15 claim, to establish that the impugned program falls under s. 15(2) and is therefore constitutional. If the government fails to do so, the program must then receive full scrutiny under s. 15(1) to determine whether its impact is discriminatory. [16] [37] [40]

A distinction based on an enumerated or analogous ground in a government program will not constitute discrimination under s. 15 if, under s. 15(2): (1) the program has an ameliorative or remedial purpose; and (2) the program targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds. Given the language of the provision and its purpose, legislative goal is the paramount consideration in determining whether or not a program qualifies for s. 15(2) protection. The program's ameliorative purpose need not be its sole object. [41] [44] [48] [50] [57]

The government program at issue here is protected by s. 15(2) of the *Charter*. The communal fishing licence was issued pursuant to an enabling statute and regulations and qualifies as a "law, program or activity" within the meaning of s. 15(2). The program also "has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups". The Crown describes numerous objectives for the program, which include negotiating solutions to aboriginal fishing rights claims, providing economic opportunities to native bands and supporting their progress towards self-sufficiency. The means chosen to achieve the purpose (special fishing privileges for aboriginal communities, constituting a benefit) are rationally related to serving that purpose. The Crown has thus established a credible ameliorative purpose for the program. The program also targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds. The bands granted the benefit were disadvantaged in terms of income, education and a host of other measures. This disadvantage, rooted in history, continues to this day. The fact that some individual members of the bands may not experience personal disadvantage does not negate the group disadvantage

d'empêcher les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues ayant pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé, ou d'imposer un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes. Le paragraphe 15(2) vise à permettre aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination au moyen de programmes destinés à aider des groupes défavorisés à améliorer leur situation. Grâce au par. 15(2), la *Charte* protège le droit des gouvernements de mettre en œuvre de tels programmes sans s'exposer à des contestations fondées sur le par. 15(1). Lorsqu'il fait face à une allégation fondée sur l'art. 15, le gouvernement peut établir que le programme contesté relève du par. 15(2) et est donc conforme à la Constitution. Si le gouvernement ne le fait pas, le programme doit alors être assujéti à un examen approfondi au regard du par. 15(1) afin de déterminer s'il a un effet discriminatoire. [16] [37] [40]

La distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue qu'établit un programme gouvernemental n'est pas discriminatoire au sens de l'art. 15 si, au regard du par. 15(2), ce programme (1) a un objet améliorateur ou réparateur et (2) vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. Compte tenu du libellé et de l'objet de la disposition, l'objectif législatif est la considération primordiale pour déterminer si un programme peut bénéficier de la protection du par. 15(2). Il n'est pas nécessaire que le programme vise uniquement un objet améliorateur. [41] [44] [48] [50] [57]

Le programme gouvernemental en cause dans la présente affaire est protégé par le par. 15(2) de la *Charte*. Le permis de pêche communautaire a été délivré conformément à une loi habilitante et à son règlement d'application, et il constitue une « lo[i], [un] program[m]e ou [une] activit[é] » au sens du par. 15(2). Le programme est aussi « destin[é] à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés ». La Couronne associe maints objectifs au programme, dont ceux consistant à parvenir à des solutions négociées relativement aux revendications de droits de pêche des peuples autochtones et à donner des possibilités de développement économique aux bandes autochtones afin de favoriser leur accession à l'autosuffisance. Les moyens choisis pour réaliser cet objectif (l'attribution aux collectivités autochtones de privilèges spéciaux en matière de pêche qui constituent un avantage) ont un lien rationnel avec la poursuite de cet objectif. La Couronne a donc prouvé que le programme avait un objet améliorateur crédible. Le programme vise également un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. Les bandes qui se sont vu accorder l'avantage en question étaient défavorisées sur les plans du revenu et de l'éducation, et à maints autres égards.

suffered by band members. It follows that the program does not violate the equality guarantee of s. 15 of the *Charter*. [30] [57-59] [61]

With respect to s. 25 of the *Charter*, it is not clear that the communal fishing licence at issue lies within the provision's compass. The wording of s. 25 and the examples given therein suggest that only rights of a constitutional character are likely to benefit from s. 25. A second concern is whether, even if the fishing licence does fall under s. 25, the result would constitute an absolute bar to the appellants' s. 15 claim, as distinguished from an interpretive provision informing the construction of potentially conflicting *Charter* rights. Prudence suggests that these issues, which raise complex questions of the utmost importance to the peaceful reconciliation of aboriginal entitlements with the interests of all Canadians, are best left for resolution on a case-by-case basis as they arise. [63-65]

*Per Bastarache J.*: Section 25 of the *Charter* operates to bar the appellants' constitutional challenge under s. 15. Although there is agreement with the restatement of the test for the application of s. 15 of the *Charter* set out in the main opinion, there is no need to go through a full s. 15 analysis before considering whether s. 25 applies. It is sufficient to establish the existence of a potential conflict between the pilot sales program and s. 15. [75] [77] [108]

Section 25 is not a mere canon of interpretation. It serves the purpose of protecting the rights of aboriginal peoples where the application of the *Charter* protections for individuals would diminish the distinctive, collective and cultural identity of an aboriginal group. This is consistent with the wording and history of the provision. The s. 25 shield against the intrusion of the *Charter* upon native rights or freedoms is restricted by s. 28 of the *Charter*, which provides for gender equality "[n]otwithstanding anything in this Charter". It is also restricted to its object, placing *Charter* rights and freedoms in juxtaposition to aboriginal rights and freedoms. This means in essence that only laws that actually impair native rights will be considered, not those that simply have incidental effects on natives. [80-81] [89] [93] [97]

Ce désavantage historique perdure de nos jours. Le fait que certains membres des bandes ne soient pas nécessairement personnellement défavorisés n'annule pas le désavantage dont sont collectivement victimes les membres de ces bandes. Il s'ensuit que le programme ne porte pas atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*. [30] [57-59] [61]

En ce qui concerne l'art. 25 de la *Charte*, il n'est pas certain que le permis de pêche communautaire en cause tombe sous le coup de cet article. Le libellé de l'art. 25 et les exemples qu'on y trouve indiquent que seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles de bénéficier de la protection de l'art. 25. Même dans l'hypothèse où le permis de pêche relèverait effectivement de l'art. 25, la deuxième question est de savoir si la demande des appelants fondée sur l'art. 15 serait totalement irrecevable, contrairement à ce qui se produirait dans le cas d'une disposition servant à interpréter des droits garantis par la *Charte* qui sont susceptibles d'entrer en conflit. Il serait plus prudent que ces questions — qui soulèvent des considérations complexes extrêmement importantes pour que les droits des Autochtones puissent être conciliés de manière pacifique avec les intérêts de tous les Canadiens — soient tranchées au fur et à mesure qu'elles seront soulevées dans des cas particuliers. [63-65]

*Le juge Bastarache* : L'article 25 de la *Charte* fait obstacle à la contestation constitutionnelle des appelants fondée sur l'art. 15. Bien que la réaffirmation du critère adopté dans les motifs principaux à l'égard de l'application de l'art. 15 de la *Charte* soit acceptée, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète au regard de l'art. 15 avant de se demander si l'art. 25 s'applique. Il suffit d'établir l'existence d'un conflit potentiel entre le programme pilote de vente et l'art. 15. [75] [77] [108]

L'article 25 n'est pas une simple norme d'interprétation. Il a pour objectif de protéger les droits des peuples autochtones lorsque l'application des protections établies dans la *Charte* à l'endroit des individus diminuerait l'identité distinctive, collective et culturelle d'un groupe autochtone. Cette interprétation s'accorde avec la formulation et l'historique de la disposition. L'article 25 qui sert de bouclier contre les incidences de la *Charte* sur les droits et les libertés des peuples autochtones est restreint par l'art. 28 de la *Charte*, qui établit l'égalité des sexes « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte ». Il est également limité à son objet, les droits et libertés garantis par la *Charte* étant juxtaposés aux droits et libertés des peuples autochtones. Cela signifie, pour l'essentiel, que seules les lois qui portent véritablement atteinte à des droits des peuples autochtones seront prises en considération, et non celles qui ont uniquement des effets accessoires sur les Autochtones. [80-81] [89] [93] [97]

The reference to “aboriginal and treaty rights” in s. 25 suggests that the focus of the provision is the uniqueness of those persons or communities mentioned in the Constitution; the rights protected are those that are unique to them because of their special status. Legislation that distinguishes between aboriginal and non-aboriginal people in order to protect interests associated with aboriginal culture, territory, sovereignty or the treaty process deserves to be shielded from *Charter* scrutiny. Laws adopted under the power set out in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* would normally fall into this category, the power being in relation to the aboriginal peoples as such, but not laws that fall under s. 88 of the *Indian Act*, because they are by definition laws of general application. “[O]ther rights or freedoms” in s. 25 comprise statutory rights which seek to protect interests associated with aboriginal culture, territory, self-government, and settlement agreements that are a replacement for treaty and aboriginal rights. But private rights of individual Indians held in a private capacity as ordinary Canadian citizens would not be protected. Section 25 reflects the imperative need to accommodate, recognize and reconcile aboriginal interests. [103] [105-106]

There are three steps in the application of s. 25. The first step requires an evaluation of the claim in order to establish the nature of the substantive *Charter* right and whether the claim is made out, *prima facie*. The second step requires an evaluation of the native right to establish whether it falls under s. 25. The third step requires a determination of the existence of a true conflict between the *Charter* right and the native right. [111]

Here, there is a *prima facie* case of discrimination pursuant to s. 15(1). The right given by the pilot sales program is limited to Aborigines and has a detrimental effect on non-aboriginal commercial fishers who operate in the same region as the beneficiaries of the program. It is also clear that the disadvantage is related to racial differences. The native right falls under s. 25. The unique relationship between British Columbia aboriginal communities and the fishery should be enough to draw a link between the right to fish given to Aborigines pursuant to the pilot sales program and the rights contemplated by s. 25. The right to fish has consistently been the object of claims based on aboriginal rights and treaty rights, the enumerated terms in the provisions. Furthermore, the Crown itself argued that these rights to fish were a first step in establishing

La mention à l’art. 25 des « droits ou libertés ancestraux et issus de traités » indique que la disposition est axée sur le caractère tout à fait particulier des personnes ou des collectivités mentionnées dans la Constitution; les droits protégés sont ceux qui leur sont propres en raison de leur statut spécial. Un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités, mérite d’être soustrait à l’examen fondé sur la *Charte*. Les lois adoptées en vertu de la compétence établie au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* feraient normalement partie de cette catégorie, cette compétence concernant les peuples autochtones en tant que tels, mais pas les lois visées par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, puisqu’il s’agit par définition de lois d’application générale. Sont compris dans les droits et libertés « autres » à l’art. 25 les droits d’origine législative qui visent à protéger des intérêts liés à la culture, au territoire et à l’autonomie gouvernementale des Autochtones, ainsi que les accords de règlement qui remplacent des droits ancestraux ou issus de traités. Mais les droits privés dont jouissent les Autochtones sur le plan individuel, à titre privé, en tant que citoyens canadiens comme les autres, ne seraient pas protégés. L’article 25 traduit la nécessité impérative de trouver des accommodements aux intérêts des peuples autochtones, de les reconnaître et de les concilier. [103] [105-106]

L’application de l’art. 25 comporte trois étapes. La première exige une évaluation de la revendication afin d’établir la nature du droit fondamental garanti par la *Charte* et de déterminer si le bien-fondé de la revendication a été établi à première vue. La deuxième étape consiste à évaluer le droit autochtone afin de déterminer s’il relève de l’art. 25. La troisième étape consiste à déterminer s’il existe un conflit véritable entre le droit garanti par la *Charte* et le droit autochtone. [111]

En l’espèce, il existe une preuve *prima facie* de discrimination selon le par. 15(1). Le droit conféré par le programme pilote de vente est limité aux Autochtones et a un effet préjudiciable aux pêcheurs commerciaux non autochtones actifs dans la même région que les bénéficiaires du programme. Il est clair aussi que le désavantage est lié à des différences raciales. Le droit autochtone est visé par l’art. 25. Le rapport tout à fait particulier des communautés autochtones de la Colombie-Britannique avec la pêche devrait suffire à établir un lien entre le droit de pêche donné aux Autochtones en vertu du programme pilote de vente et les droits envisagés à l’art. 25. Le droit de pêche a constamment fait l’objet de revendications fondées sur les droits ancestraux et les droits issus de traités, soit les termes énumérés dans les dispositions. En outre, la Couronne elle-même a prétendu

a treaty right and s. 25 reflects the notions of reconciliation and negotiation present in the treaty process. Finally, the right in this case is totally dependent on the exercise of powers given to Parliament under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which deals with Indians. The *Charter* cannot be interpreted as rendering unconstitutional the exercise of powers consistent with the purposes of s. 91(24), nor is it rational to believe that every exercise of the s. 91(24) jurisdiction requires a justification under s. 1 of the *Charter*. Section 25 is a necessary partner to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*; it protects s. 35(1) purposes and enlarges the reach of measures needed to fulfill the promise of reconciliation. There is also a real conflict here, since the right to equality afforded to every individual under s. 15 is not capable of application consistently with the rights of aboriginal fishers holding licences under the pilot sales program. Section 25 of the *Charter* accordingly applies in the present situation and provides a full answer to the claim. [116] [119-123]

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Abella J.

**Considered:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 1 S.C.R. 699; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Man.)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92, rev'd in part (1988), 55 Man. R. (2d) 263; *R. v. Music Explosion Ltd.* (1989), 62 Man. R. (2d) 189, rev'd (1990), 68 Man. R. (2d) 203; *Re Rebic and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 196, aff'd (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Re M and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 116; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

By Bastarache J.

**Referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education*

que ces droits constituaient une première étape vers la constitution d'un droit issu d'un traité et l'art. 25 reflète les notions de réconciliation et de négociation présentes dans le processus des traités. Enfin, le droit dont il est question en l'espèce dépend entièrement de l'exercice des pouvoirs conférés au Parlement par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui concerne les Indiens. On ne peut interpréter la *Charte* comme si elle rendait inconstitutionnel l'exercice de pouvoirs conformes aux objectifs du par. 91(24), et il n'est pas logique de croire que tout exercice de la compétence établie au par. 91(24) exige une justification en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article 25 est un compagnon indissociable du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*; il protège les objectifs du par. 35(1) et accroît la portée des mesures nécessaires pour que soit remplie la promesse de réconciliation. Il existe également un conflit véritable en l'espèce puisque l'application du droit à l'égalité reconnu à tous en vertu de l'art. 15 n'est pas compatible avec les droits des pêcheurs autochtones titulaires de permis dans le cadre du programme pilote de vente. Par conséquent, l'art. 25 de la *Charte* s'applique en l'espèce et constitue une réponse complète à la revendication. [116] [119-123]

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Abella

**Arrêts examinés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée*, [1981] 1 R.C.S. 699; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Man.)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92, inf. en partie par (1988), 55 Man. R. (2d) 263; *R. c. Music Explosion Ltd.* (1989), 62 Man. R. (2d) 189, inf. par (1990), 68 Man. R. (2d) 203; *Re Rebic and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 196, conf. par (1986), 28 C.C.C. (3d) 154; *Re M and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 116; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act*

*Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217, 2004 SCC 6; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Steinhauer*, [1985] 3 C.N.L.R. 187; *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 4 C.N.L.R. 1; *Shubenacadie Band Council v. Canada (Human Rights Commission)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466; *R. v. Nicholas*, [1989] 2 C.N.L.R. 131; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505.

### Statutes and Regulations Cited

*Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332, s. 2 “aboriginal organization”.  
*Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, s. 2.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2, 3, 15, 16(3), 21, 25, 27, 28, 29, 32(1)(a).  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(24), 93.  
*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Constitution Amendment Proclamation, 1983*, R.S.C. 1985, App. II, No. 46.  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 81, 83, 85.1, 88.

### Authors Cited

Arbour, Jane M. “The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 3.  
 Baines, Beverley. “Equality, Comparison, Discrimination, Status”, in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*. Toronto: Irwin Law, 2006, 73.  
 Bartlett, Richard H. “Survey of Canadian Law: Indian and Native Law” (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 431.  
 Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. “Breaking the Law’s Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.

*(Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Steinhauer*, [1985] 3 C.N.L.R. 187; *Campbell c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 4 C.N.L.R. 1; *Conseil de la bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466; *R. c. Nicholas*, [1989] 2 C.N.L.R. 131; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Nation Häida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2, 3, 15, 16(3), 21, 25, 27, 28, 29, 32(1)a).  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, art. 2.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24), 93.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, ss. 81, 83, 85.1, 88.  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14.  
*Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, L.R.C. 1985, app. II, n° 46.  
*Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332, art. 2 « organisation autochtone ».

### Doctrine citée

Arbour, Jane M. « The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime : In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 3.  
 Baines, Beverley. « Equality, Comparison, Discrimination, Status », in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter*. Toronto : Irwin Law, 2006, 73.  
 Bartlett, Richard H. « Survey of Canadian Law : Indian and Native Law » (1983), 15 *R.D. Ottawa* 431.  
 Bredt, Christopher D., and Adam M. Dodek. « Breaking the Law’s Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33.



- Brunelle, Christian. “La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*: de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale”, dans *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143.
- Canada. Commission of Inquiry on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Commission on Pacific Fisheries Policy. *Turning the Tide: A New Policy For Canada’s Pacific Fisheries: Final Report*. Vancouver: The Commission, 1982.
- Canada. Fisheries and Oceans. *An Evaluation of the Pilot Sale Arrangement of Aboriginal Fisheries Strategy (AFS)*. Halifax: Gardner Pinfold Consulting Economists, 1994.
- Canada. Government of Canada. White paper on the Constitution. *A Time for Action: Toward the Renewal of the Canadian Federation*. Ottawa: Government of Canada, 1978.
- Canada. Senate. House of Commons. Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 3, November 12, 1980, pp. 68 and 84.
- Cumming, Peter. “Canada’s North and Native Rights”, in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Ottawa: Carleton University Press, 1985, 695.
- Dickson, Timothy. “Section 25 and Intercultural Judgment” (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 141.
- Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. “Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)” (1997), 4 *Rev. Const. Stud.* 80.
- Fyfe, R. James. “Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada” (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.
- Gilbert, Daphne. “Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter” (2003), 48 *McGill L.J.* 627.
- Gilbert, Daphne, and Diana Majury. “Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15” (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.
- Goldenberg, André. “‘Salmon for Peanut Butter’: Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights” (2004), 3 *Indigenous L.J.* 61.
- Greschner, Donna. “Does Law Advance the Cause of Equality?” (2001), 27 *Queen’s L.J.* 299.
- Greschner, Donna. “The Purpose of Canadian Equality Rights” (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2007, release 2).
- Brunelle, Christian. « La dignité dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l’ubiquité à l’ambiguïté d’une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] *R. du B.* (numéro thématique) 143.
- Canada. Commission d’enquête sur l’égalité en matière d’emploi. *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Canada. Commission sur la politique des pêches du Pacifique. *Pour remonter le courant : Une nouvelle politique des pêches canadiennes du Pacifique : Rapport final*. Vancouver : La Commission, 1982.
- Canada. Gouvernement du Canada. Livre blanc sur la Constitution. *Le temps d’agir : Jalons du renouvellement de la fédération canadienne*. Ottawa : Gouvernement du Canada, 1978.
- Canada. Pêches et Océans. *Évaluation des projets pilotes de vente de la stratégie relative aux pêches des autochtones (SRAPA)*. Halifax : Gardner Pinfold Consulting Economists, 1994.
- Canada. Sénat. Chambre des communes. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, 12 novembre 1980, p. 68 et 84.
- Cumming, Peter. « Canada’s North and Native Rights », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Ottawa : Carleton University Press, 1985, 695.
- Dickson, Timothy. « Section 25 and Intercultural Judgment » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 141.
- Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. « Affirmative Action in Question : A Coherent Theory for Section 15(2) » (1997), 4 *R. études const.* 80.
- Fyfe, R. James. « Dignity as Theory : Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.
- Gilbert, Daphne. « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the Charter » (2003), 48 *R.D. McGill* 627.
- Gilbert, Daphne, and Diana Majury. « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111.
- Goldenberg, André. « “Salmon for Peanut Butter” : Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights » (2004), 3 *Indigenous L.J.* 61.
- Greschner, Donna. « Does Law Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen’s L.J.* 299.
- Greschner, Donna. « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2007, release 2).

- Hutchinson, Celeste. "Case Comment on *R. v. Kapp*: An Analytical Framework for Section 25 of the *Charter*" (2007), 52 *McGill L.J.* 173.
- Isaac, Thomas. "Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People" (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431.
- Juriansz, Russell G. "Recent Developments in Canadian Law: Anti-Discrimination Law Part I" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 447.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. New York: Oxford University Press, 1995.
- Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. "Equality Rights and the Physically Handicapped", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1985, 323.
- Lyon, Noel. "Constitutional Issues in Native Law", in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Ottawa: Carleton University Press, 1985, 408.
- Lysyk, Kenneth M. "The Rights and Freedoms of the Aboriginal Peoples of Canada", in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Toronto: Carswell, 1982, 467.
- Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2001.
- Martin, Sheilah. "Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals" (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 299.
- McAllister, Debra M. "Section 15 — The Unpredictability of the *Law Test*" (2003-2004), 15 *N.J.C.L.* 3.
- McIntyre, Sheila. "Deference and Dominance: Equality Without Substance", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 95.
- McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *S.C.L.R.* 255.
- Moran, Mayo. "Protesting Too Much: Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 71.
- Moreau, Sophia Reibetanz. "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups" (2006), 5 *J.L. & Equality* 81.
- Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*. Montréal: LexisNexis, 2008.
- Ontario English-French Legal Lexicon*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Hutchinson, Celeste. « Case Comment on *R. v. Kapp* : An Analytical Framework for Section 25 of the *Charter* » (2007), 52 *R.D. McGill* 173.
- Isaac, Thomas. « Canadian Charter of Rights and Freedoms : The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People » (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431.
- Juriansz, Russell G. « Recent Developments in Canadian Law : Anti-Discrimination Law Part I » (1987), 19 *R.D. Ottawa* 447.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*. New York : Oxford University Press, 1995.
- Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. « Equality Rights and the Physically Handicapped », in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Carswell, 1985, 323.
- Lexique anglais-français du droit en Ontario*. Toronto : Ministère du Procureur général, 1987.
- Lyon, Noel. « Constitutional Issues in Native Law », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*. Ottawa : Carleton University Press, 1985, 408.
- Lysyk, Kenneth M. « Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada », dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal : Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 591.
- Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 2001.
- Martin, Sheilah. « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals » (2001), 80 *R. du B. can.* 299.
- McAllister, Debra M. « Section 15 — The Unpredictability of the *Law Test* » (2003-2004), 15 *R.N.D.C.* 3.
- McIntyre, Sheila. « Deference and Dominance : Equality Without Substance », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006, 95.
- McNeil, Kent. « The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1982), 4 *S.C.L.R.* 255.
- Moran, Mayo. « Protesting Too Much : Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2006, 71.
- Moreau, Sophia Reibetanz. « Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups » (2006), 5 *J.L. & Equality* 81.
- Morin, Alexandre. *Le droit à l'égalité au Canada*. Montréal : LexisNexis, 2008.

- Oxford English Dictionary*, vol. III, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “construe”.
- Peirce, Michael. “A Progressive Interpretation of Sub-section 15(2) of the *Charter*” (1993), 57 *Sask. L. Rev.* 263.
- Pentney, William. “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25*” (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 21.
- Pentney, William F. *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1987.
- Picotte, Jacques. *Juridictionnaire: Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, t. I A. Moncton: École de droit, Université de Moncton, 1991, “atteinte”.
- Pothier, Dianne. “Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences” (2001), 13 *C.J.W.L.* 37.
- Pothier, Dianne. “Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What’s the Fairest of Them All?”, in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 135.
- Proulx, Daniel. “Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles”, [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485.
- Russell, Dan. *A People’s Dream: Aboriginal Self-Government in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2000.
- Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. “What’s *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions” (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103.
- Sanders, Douglas. “Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada”, in Stanley M. Beck and Ivan Bernier, eds., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, vol. 1. Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1983, 225.
- Sanders, Douglas. “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.
- Schwartz, Bryan. *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984*. Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen’s University, 1985.
- Shachar, Ayelet. “The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State”, in Christian Joppke and Steven Lukes, eds., *Multicultural Questions*. New York: Oxford University Press, 1999, 87.
- Slattery, Brian. “The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights” (1982-1983), 8 *Queen’s L.J.* 232.
- Oxford English Dictionary*, vol. III, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, « *construe* ».
- Peirce, Michael. « A Progressive Interpretation of Sub-section 15(2) of the *Charter* » (1993), 57 *Sask. L. Rev.* 263.
- Pentney, William. « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25* » (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 21.
- Pentney, William F. *The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1987.
- Picotte, Jacques. *Juridictionnaire: Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, t. I A. Moncton: École de droit, Université de Moncton, 1991, « atteinte ».
- Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People’s Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37.
- Pothier, Dianne. « Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What’s the Fairest of Them All? », in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2006, 135.
- Proulx, Daniel. « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485.
- Russell, Dan. *A People’s Dream: Aboriginal Self-Government in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2000.
- Ryder, Bruce, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence. « What’s *Law* Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103.
- Sanders, Douglas. « Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada », in Stanley M. Beck and Ivan Bernier, eds., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda*, vol. 1. Montréal: Institut de recherches politiques, 1983, 225.
- Sanders, Douglas. « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1983), 61 *R. du B. can.* 314.
- Schwartz, Bryan. *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984*. Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen’s University, 1985.
- Shachar, Ayelet. « The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State », in Christian Joppke and Steven Lukes, eds., *Multicultural Questions*. New York: Oxford University Press, 1999, 87.
- Slattery, Brian. « The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights » (1982-1983), 8 *Queen’s L.J.* 232.

Wildsmith, Bruce H. *Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988.

Wilkins, Kerry. “. . . But We Need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government” (1999), 49 *U.T.L.J.* 53.

Zlotkin, Norman K. *Unfinished Business: Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference*. Kingston, Ont.: Institute of Intergovernmental Relations, Queen’s University, 1983.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Mackenzie, Low, Levine and Kirkpatrick J.J.A.) (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 271 D.L.R. (4th) 70, [2006] 10 W.W.R. 577, 227 B.C.A.C. 248, 374 W.A.C. 248, 24 C.E.L.R. (3d) 99, [2006] 3 C.N.L.R. 282, 141 C.R.R. (2d) 249, [2006] B.C.J. No. 1273 (QL), 2006 CarswellBC 1407, 2006 BCCA 277, affirming a decision of Brenner C.J.S.C. (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, [2004] 3 C.N.L.R. 269, 121 C.R.R. (2d) 349, [2004] B.C.J. No. 1440 (QL), 2004 CarswellBC 1607, 2004 BCSC 958, lifting a stay of proceedings by Kitchen Prov. Ct. J., [2003] 4 C.N.L.R. 238, [2003] B.C.J. No. 1772 (QL), 2003 CarswellBC 1881, 2003 BCPC 279. Appeal dismissed.

*Bryan Finlay, Q.C., J. Gregory Richards and Paul D. Guy*, for the appellants.

*Croft Michaelson and Paul Riley*, for the respondent.

*Sarah T. Kraicer and S. Zachary Green*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Isabelle Harnois and Brigitte Bussièrès*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Richard James Fyfe*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Robert J. Normey*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Joseph J. Arvay, Q.C., and Jeffrey W. Beedell*, for the intervener the Tsawwassen First Nation.

Wildsmith, Bruce H. *Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Saskatoon : University of Saskatchewan Native Law Centre, 1988.

Wilkins, Kerry. « . . . But We Need the Eggs : The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government » (1999), 49 *U.T.L.J.* 53.

Zlotkin, Norman K. *Unfinished Business : Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference*. Kingston, Ont. : Institute of Intergovernmental Relations, Queen’s University, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Mackenzie, Low, Levine et Kirkpatrick) (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 271 D.L.R. (4th) 70, [2006] 10 W.W.R. 577, 227 B.C.A.C. 248, 374 W.A.C. 248, 24 C.E.L.R. (3d) 99, [2006] 3 C.N.L.R. 282, 141 C.R.R. (2d) 249, [2006] B.C.J. No. 1273 (QL), 2006 CarswellBC 1407, 2006 BCCA 277, qui a confirmé une décision du juge en chef Brenner (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, [2004] 3 C.N.L.R. 269, 121 C.R.R. (2d) 349, [2004] B.C.J. No. 1440 (QL), 2004 CarswellBC 1607, 2004 BCSC 958, qui a levé l’arrêt des procédures ordonné par le juge Kitchen, [2003] 4 C.N.L.R. 238, [2003] B.C.J. No. 1772 (QL), 2003 CarswellBC 1881, 2003 BCPC 279. Pourvoi rejeté.

*Bryan Finlay, c.r., J. Gregory Richards et Paul D. Guy*, pour les appelants.

*Croft Michaelson et Paul Riley*, pour l’intimée.

*Sarah T. Kraicer et S. Zachary Green*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Isabelle Harnois et Brigitte Bussièrès*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Richard James Fyfe*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Robert J. Normey*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

*Joseph J. Arvay, c.r., et Jeffrey W. Beedell*, pour l’intervenante la Première nation Tsawwassen.

*Allan Donovan and Bram Rogachevsky*, for the interveners the Haisla Nation.

*Robert J. M. Janes and Dominique Nouvet*, for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations).

*Maria A. Morellato and Joanne R. Lysyk*, for the interveners the Heiltsuk Nation and the Musqueam Indian Band.

*F. Matthew Kirchner and Lisa C. Glowacki*, for the interveners the Cowichan Tribes.

*J. Keith Lowes*, for the interveners the Sportfishing Defence Alliance, the B.C. Seafood Alliance, the Pacific Salmon Harvesters Society, the Aboriginal Fishing Vessel Owners Association and the United Fishermen and Allied Workers Union.

*John Carpay and Chris Schafer*, for the interveners the Japanese Canadian Fishermens Association.

*Kevin O'Callaghan and Katey Grist*, for the interveners the Atlantic Fishing Industry Alliance.

*Ryan D. W. Dalziel*, for the interveners the Nee Tahi Buhn Indian Band.

*Hugh M. G. Braker, Q.C., and Anja P. Brown*, for the interveners the Tseshah First Nation.

*Bryan P. Schwartz and Jack R. London, Q.C.*, for the interveners the Assembly of First Nations.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ABELLA J. —

#### A. Introduction

[1] The appellants are commercial fishers, mainly non-aboriginal, who assert that their equality rights

*Allan Donovan et Bram Rogachevsky*, pour l'intervenante la Nation Haisla.

*Robert J. M. Janes et Dominique Nouvet*, pour les intervenantes la bande indienne des Songhees, la Première nation Malahat, la Première nation des T'Sou-ke, la Première nation Snaw-naw-as (Nanoose) et la bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées Nations Te'mexw).

*Maria A. Morellato et Joanne R. Lysyk*, pour les intervenantes la Nation Heiltsuk et la bande indienne des Musqueams.

*F. Matthew Kirchner et Lisa C. Glowacki*, pour l'intervenante les tribus Cowichan.

*J. Keith Lowes*, pour les intervenantes Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, Aboriginal Fishing Vessel Owners Association et United Fishermen and Allied Workers Union.

*John Carpay et Chris Schafer*, pour l'intervenante Japanese Canadian Fishermens Association.

*Kevin O'Callaghan et Katey Grist*, pour l'intervenante Atlantic Fishing Industry Alliance.

*Ryan D. W. Dalziel*, pour l'intervenante la bande indienne Nee Tahi Buhn.

*Hugh M. G. Braker, c.r., et Anja P. Brown*, pour l'intervenante la Première nation Tseshah.

*Bryan P. Schwartz et Jack R. London, c.r.*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières nations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE ABELLA —

#### A. Introduction

[1] Les appelants sont des pêcheurs commerciaux, pour la plupart non autochtones, qui affirment que

under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated by a communal fishing licence granting members of three aboriginal bands the exclusive right to fish for salmon in the mouth of the Fraser River for a period of 24 hours on August 19-20, 1998.

[2] The appellants base their claim on s. 15(1). The essence of the claim is that the communal fishing licence discriminated against them on the basis of race. The Crown argues that the general purpose of the program under which the licence was issued was to regulate the fishery, and that it ameliorated the conditions of a disadvantaged group. These contentions, taken together, raise the issue of the interplay between s. 15(1) and s. 15(2) of the *Charter*. Specifically, they require this Court to consider whether s. 15(2) is capable of operating independently of s. 15(1) to protect ameliorative programs from claims of discrimination — a possibility left open in this Court’s equality jurisprudence.

[3] We have concluded that where a program makes a distinction on one of the grounds enumerated under s. 15 or an analogous ground but has as its object the amelioration of the conditions of a disadvantaged group, s. 15’s guarantee of substantive equality is furthered, and the claim of discrimination must fail. As the communal fishing licence challenged in this appeal falls within s. 15(2)’s ambit — one of its objects being to ameliorate the conditions of the participating aboriginal bands — the appellants’ claim of a violation of s. 15 cannot succeed. While the operation of s. 15(2) is sufficient to dispose of the appeal, these reasons, in addition to examining the respective roles of s. 15(1) and s. 15(2), will comment briefly on s. 25 of the *Charter*, in view of the reasons of Bastarache J. on this point.

#### B. Factual and Judicial History

[4] Prior to European contact, aboriginal groups living in the region of the mouth of the Fraser River fished the river for food, social and ceremonial

leurs droits à l’égalité garantis par l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été violés par un permis de pêche communautaire accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon à l’embouchure du fleuve Fraser pendant une période de 24 heures les 19 et 20 août 1998.

[2] Les appelants fondent leur allégation sur le par. 15(1). Ils font valoir essentiellement que le permis de pêche communautaire est discriminatoire à leur égard en raison de leur race. La Couronne soutient que le programme en vertu duquel le permis a été délivré avait pour objet général de réglementer les pêches, et qu’il a amélioré la situation d’un groupe défavorisé. Ces arguments, pris ensemble, soulèvent la question de l’interaction des par. 15(1) et 15(2) de la *Charte*. En particulier, ils obligent notre Cour à se demander si le par. 15(2) peut s’appliquer indépendamment du par. 15(1) pour protéger les programmes améliorateurs contre les allégations de discrimination — une possibilité évoquée dans la jurisprudence de notre Cour portant sur le droit à l’égalité.

[3] Nous avons conclu qu’un programme qui établit une distinction fondée sur un motif énuméré à l’art. 15 ou sur un motif analogue, mais qui a pour objet d’améliorer la situation d’un groupe défavorisé, aide à réaliser l’égalité réelle garantie par l’art. 15 et que l’allégation de discrimination doit être rejetée. Étant donné que le permis de pêche communautaire contesté en l’espèce relève du par. 15(2) — l’un de ses objets étant d’améliorer la situation des bandes autochtones participantes — l’allégation des appelants voulant qu’il y ait eu violation de l’art. 15 ne saurait être retenue. Bien que l’application du par. 15(2) soit suffisante pour trancher le pourvoi, nous allons, en plus d’examiner les rôles respectifs des par. 15(1) et 15(2), commenter brièvement l’art. 25 de la *Charte* à la lumière des motifs rédigés à ce sujet par le juge Bastarache.

#### B. Faits et historique des procédures judiciaires

[4] Avant le contact avec les Européens, les groupes autochtones qui vivaient dans la région de l’embouchure du fleuve Fraser pêchaient à des

purposes. It is no exaggeration to say that their life centered in large part around the river and its abundant fishery. In the last two decades, court decisions have confirmed that pre-contact fishing practices integral to the culture of aboriginal people translate into a modern-day right to fish for food, social and ceremonial purposes: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The right is a communal right. It inheres in the community, not the individual, and may be exercised by people who are linked to the ancestral aboriginal community.

[5] The aboriginal right has not been recognized by the courts as extending to fishing for the purpose of sale or commercial fishing: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. The participation of Aboriginals in the commercial fishery was thus left to individual initiative or to negotiation between aboriginal peoples and the government. The federal government determined that aboriginal people should be given a stake in the commercial fishery. The bands tended to be disadvantaged economically, compared to non-Aboriginals. Catching fish for their own tables and ceremonies left many needs unmet.

[6] The government's decision to enhance aboriginal involvement in the commercial fishery followed the recommendations of the 1982 Pearse Final Report, which endorsed the negotiation of aboriginal fishery agreements (*Turning the Tide: A New Policy For Canada's Pacific Fisheries*). The Pearse Report recognized the problematic connection between aboriginal communities' economic disadvantage and the longstanding prohibition against selling fish — a prohibition that disrupted what was once an important economic opportunity for Aboriginals. Policing the prohibition was also problematic; the 1994 Gardner Pinfold Report addressed the serious conservation issue stemming from a fish sales prohibition “honoured more in the breach than the observance” (*An Evaluation of the Pilot Sale Arrangement of Aboriginal Fisheries*

fins alimentaires, sociales et rituelles. Il n'est pas exagéré d'affirmer que le fleuve et ses ressources halieutiques abondantes jouaient un rôle prépondérant dans leur vie. Au cours des deux dernières décennies, des décisions judiciaires ont confirmé que les pratiques de pêche qui faisaient partie intégrante de la culture d'un peuple autochtone avant le contact avec les Européens sont à l'origine d'un droit contemporain de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Ce droit de pêche est un droit collectif. Il s'applique à la collectivité, et non à l'individu, et il peut être exercé par les personnes ayant un lien avec la collectivité ancestrale autochtone.

[5] Les tribunaux n'ont pas reconnu que ce droit ancestral s'applique à la pêche aux fins de vente ou pêche commerciale : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. La participation des Autochtones à la pêche commerciale était donc laissée à l'initiative personnelle ou devait faire l'objet de négociations entre les peuples autochtones et le gouvernement. Le gouvernement fédéral a jugé qu'il y avait lieu d'accorder aux peuples autochtones un intérêt dans le secteur de la pêche commerciale. De façon générale, les bandes étaient économiquement défavorisées comparativement aux non-Autochtones. Le poisson pris à des fins alimentaires et rituelles ne comblait pas tous leurs besoins.

[6] La décision du gouvernement de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale faisait suite aux recommandations du rapport final Pearse de 1982, qui appuyait la négociation d'accords de pêche autochtone (*Pour remonter le courant : Une nouvelle politique des pêches canadiennes du Pacifique*). Dans ce rapport, on reconnaissait l'existence du lien problématique entre le désavantage économique éprouvé par les collectivités autochtones et l'interdiction de longue date de vendre du poisson — une interdiction ayant perturbé ce qui avait autrefois représenté un important créneau économique pour les Autochtones. Il était également difficile de faire respecter cette interdiction; le rapport Gardner Pinfold de 1994 a abordé le grave problème de conservation découlant d'une interdiction de vente du poisson « plus

*Strategy (AFS)*, p. 3). The decision to enhance aboriginal participation in the commercial fishery may also be seen as a response to the directive of this Court in *Sparrow*, at p. 1119, that the government consult with aboriginal groups in the implementation of fishery regulation in order to honour its fiduciary duty to aboriginal communities. Subsequent decisions have affirmed the duty to consult and accommodate aboriginal communities with respect to resource development and conservation; it is a constitutional duty, the fulfilment of which is consistent with the honour of the Crown: see e.g. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

[7] The federal government's policies aimed at giving aboriginal people a share of the commercial fishery took different forms, united under the umbrella of the "Aboriginal Fisheries Strategy". Introduced in 1992, the Aboriginal Fisheries Strategy has three stated objectives: ensuring the rights recognized by the *Sparrow* decision are respected; providing aboriginal communities with a larger role in fisheries management and increased economic benefits; and minimizing the disruption of non-aboriginal fisheries (1994 Gardner Pinfold Report). In response to consultations with stakeholders carried out since its inception, the Aboriginal Fisheries Strategy has been reviewed and adjusted periodically in order to achieve these goals. A significant part of the Aboriginal Fisheries Strategy was the introduction of three pilot sales programs, one of which resulted in the issuance of the communal fishing licence at issue in this case. The licence was granted pursuant to the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332 ("ACFLR"). The ACFLR grants communal licences to "aboriginal organization[s]", defined as including "an Indian band, an Indian band council, a tribal council and an organization that represents a territorially based aboriginal community" (s. 2). The communal licence cannot be granted to

honoré[e] dans l'infraction que dans l'observation » (*Évaluation des projets pilotes de vente de la stratégie relative aux pêches des Autochtones (SRAPA)*, p. 16). La décision de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale peut aussi être perçue comme une réponse à la directive donnée par notre Cour dans l'arrêt *Sparrow*, p. 1119, selon laquelle, en appliquant la réglementation sur les pêches, le gouvernement doit consulter les groupes autochtones afin de respecter l'obligation de fiduciaire qu'il a envers ces collectivités. Des arrêts subséquents ont confirmé l'obligation de consulter et d'accommoder les collectivités autochtones dans les domaines de l'exploitation et de la conservation des ressources; il s'agit là d'une obligation constitutionnelle qui concorde avec le principe de l'honneur de la Couronne : voir, par exemple, l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

[7] Les politiques visant à attribuer une part de la pêche commerciale aux Autochtones, que le gouvernement fédéral a adoptées dans le cadre de la « Stratégie relative aux pêches autochtones », ont revêtu différentes formes. Adoptée en 1992, la Stratégie relative aux pêches autochtones vise trois objectifs explicites : garantir le respect des droits reconnus par l'arrêt *Sparrow*; offrir aux collectivités autochtones un rôle plus important dans la gestion de leurs pêches et leur procurer des avantages économiques accrus; limiter la perturbation des pêches non autochtones (rapport Gardner Pinfold de 1994). À la suite des consultations qui ont été tenues avec les parties intéressées depuis son adoption, la Stratégie relative aux pêches autochtones a été examinée et remaniée périodiquement afin de réaliser ces objectifs. Cette stratégie a, dans une large mesure, consisté à établir trois programmes pilotes de vente, dont l'un a donné lieu à la délivrance du permis de pêche communautaire en cause dans la présente affaire. Le permis a été délivré conformément au *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332 (« RPPCA »). Le RPPCA prévoit la délivrance de permis communautaires aux « organisation[s] autochtone[s] », qui s'entendent notamment « d'une bande indienne, d'un conseil de bande indienne,



individuals, but an aboriginal organization can designate its use to individuals.

[8] The licence with which we are concerned permitted fishers designated by the bands to fish for sockeye salmon between 7:00 a.m. on August 19, 1998 and 7:00 a.m. on August 20, 1998, and to use the fish caught for food, social and ceremonial purposes, and for sale. Some of the fishers designated by the bands to fish under the communal fishing licence were also licensed commercial fishers entitled to fish at other openings for commercial fishers.

[9] The appellants are all commercial fishers who were excluded from the fishery during the 24 hours allocated to the aboriginal fishery under the communal fishing licence. Under the auspices of the B.C. Fisheries Survival Coalition, they participated in a protest fishery during the prohibited period, for the purpose of bringing a constitutional challenge to the communal licence. As anticipated, they were charged with fishing at a prohibited time. In defence of the charges, they filed notice of a constitutional question seeking declarations that the communal fishing licence, the *ACFLR* and related regulations and the Aboriginal Fisheries Strategy were unconstitutional.

[10] The Provincial Court of British Columbia (Judge Kitchen) found that the communal fishing licence granted to the three bands was a breach of the equality rights of the appellants under s. 15(1) of the *Charter* that was not justified under s. 1 of the *Charter*. The court stayed proceedings on all the charges under s. 24 of the *Charter*: [2003] 4 C.N.L.R. 238, 2003 BCPC 279.

[11] The Supreme Court of British Columbia (Brenner C.J.S.C.) allowed a summary convictions

d'un conseil de tribu et d'une association qui représente une collectivité territoriale autochtone » (art. 2). Le permis communautaire ne peut pas être délivré à des individus, mais une organisation autochtone peut en confier l'utilisation aux individus qu'elle désigne.

[8] Le permis qui nous intéresse en l'espèce autorisait les pêcheurs désignés par les bandes à pêcher le saumon rouge entre 7 h, le 19 août 1998, et 7 h, le 20 août 1998, et à utiliser leurs prises à des fins alimentaires, sociales et rituelles, ainsi qu'à les vendre. Certains pêcheurs désignés par les bandes pour pêcher conformément au permis de pêche communautaire détenaient également un permis de pêche commerciale les autorisant à pêcher pendant d'autres périodes d'ouverture de la pêche commerciale.

[9] Les appelants sont tous des pêcheurs commerciaux à qui il était interdit de pêcher pendant les 24 heures que le permis de pêche communautaire allouait à la pêche autochtone. Sous l'égide de la B.C. Fisheries Survival Coalition, ils ont participé à une pêche de protestation pendant la période interdite en vue de contester la constitutionnalité du permis communautaire. Comme prévu, ils ont été accusés d'avoir pêché pendant une période interdite. En réponse aux accusations, ils ont déposé un avis de question constitutionnelle dans lequel ils demandaient que le permis de pêche communautaire, le *RPPCA* et les règlements connexes ainsi que la Stratégie relative aux pêches autochtones soient déclarés inconstitutionnels.

[10] La Cour provinciale de la Colombie-Britannique (le juge Kitchen) a conclu que le permis de pêche communautaire délivré aux trois bandes portait atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte*, et que cette atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La cour a, en application de l'art. 24 de la *Charte*, ordonné l'arrêt des procédures relatives à toutes les accusations : [2003] 4 C.N.L.R. 238, 2003 BCPC 279.

[11] La Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge en chef Brenner) a accueilli l'appel de la

appeal by the Crown: (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, 2004 BCSC 958. It held that the pilot sales program did not have a discriminatory purpose or effect because it did not perpetuate or promote the view that those who were forbidden to fish on the days when the pilot sales program fishery was open are less capable or worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society. Brenner C.J.S.C. lifted the stay of proceedings and entered convictions against the appellants.

[12] The British Columbia Court of Appeal, in five sets of reasons concurring in the result, dismissed the appeal: (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 2006 BCCA 277. Low J.A. concluded that the pilot sales program did not constitute denial of a benefit under s. 15 when the matter was viewed in a contextual rather than formalistic way. Mackenzie J.A. rejected the claim of discrimination on the basis that a discriminatory purpose or effect had not been established, endorsing the view of Brenner C.J.S.C. on the summary convictions appeal. Kirkpatrick J.A. dismissed the s. 15 claim on the basis that s. 25 of the *Charter*, which protects rights and freedoms pertaining to the aboriginal peoples of Canada, insulated the scheme from the discrimination charge. Finch C.J.B.C. concurred with both Low J.A. and Mackenzie J.A. on the s. 15 issue, and found that s. 25 was not engaged. Finally, Levine J.A. agreed with Finch C.J.B.C. on the s. 15 issue, but declined to express a view on whether s. 25 was engaged.

### C. Analysis

[13] Section 15 of the *Charter* provides:

**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.

Couronne contre les déclarations sommaires de culpabilité : (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, 2004 BCSC 958. Elle a conclu que le programme pilote de vente n'avait pas un objet ou un effet discriminatoire parce qu'il ne perpétuait pas ou ne favorisait pas l'opinion selon laquelle ceux à qui il était interdit de pêcher les jours où la pêche était ouverte dans le cadre du programme pilote de vente étaient moins capables ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne. Le juge en chef Brenner a levé l'arrêt des procédures et inscrit des déclarations de culpabilité contre les appelants.

[12] Dans cinq séries de motifs concordants quant au résultat, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel : (2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 2006 BCCA 277. Le juge Low a conclu que le programme pilote de vente ne privait pas d'un avantage visé à l'art. 15 lorsque l'affaire était envisagée d'un point de vue contextuel plutôt que formaliste. Le juge Mackenzie, souscrivant à l'opinion du juge en chef Brenner concernant l'appel contre les déclarations sommaires de culpabilité, a rejeté l'allégation de discrimination pour le motif que l'existence d'un objet ou d'un effet discriminatoire n'avait pas été établie. La juge Kirkpatrick a rejeté l'argument fondé sur l'art. 15 pour le motif que l'art. 25 de la *Charte*, qui protège les droits et libertés des peuples autochtones du Canada, soustrayait le programme à l'accusation de discrimination. Le juge en chef Finch a souscrit à l'avis des juges Low et Mackenzie relativement à la question de l'art. 15, et a conclu que l'art. 25 n'était pas en jeu. Enfin, la juge Levine s'est dite d'accord avec le juge en chef Finch concernant la question de l'art. 15, mais elle a refusé de se prononcer sur la question de savoir si l'art. 25 était en jeu.

### C. Analyse

[13] L'article 15 de la *Charte* prévoit ce qui suit :

**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.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

### 1. *The Purpose of Section 15*

[14] Nearly 20 years have passed since the Court handed down its first s. 15 decision in the case of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. *Andrews* set the template for this Court's commitment to substantive equality — a template which subsequent decisions have enriched but never abandoned.

[15] Substantive equality, as contrasted with formal equality, is grounded in the idea that: “The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration”: *Andrews*, at p. 171, *per* McIntyre J., for the majority on the s. 15 issue. Pointing out that the concept of equality does not necessarily mean identical treatment and that the formal “like treatment” model of discrimination may in fact produce inequality, McIntyre J. stated (at p. 165):

To approach the ideal of full equality before and under the law — and in human affairs an approach is all that can be expected — the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

While acknowledging that equality is an inherently comparative concept (p. 164), McIntyre J. warned

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

### 1. *L'objet de l'art. 15*

[14] Près de 20 années se sont écoulées depuis l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, la première décision de la Cour portant sur l'art. 15. L'arrêt *Andrews* établit le modèle à suivre en ce qui concerne l'importance que notre Cour attache à l'égalité réelle — un modèle qui a été enrichi mais qui n'a jamais été abandonné par la jurisprudence ultérieure.

[15] L'égalité réelle, comparativement à l'égalité formelle, repose sur l'idée que « [f]avoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » : arrêt *Andrews*, p. 171, le juge McIntyre s'exprimant au nom des juges majoritaires au sujet de la question de l'art. 15. Soulignant que l'égalité ne signifie pas nécessairement traitement identique et que le modèle formel du « traitement analogue » peut en fait engendrer des inégalités, le juge McIntyre a ajouté (p. 165) :

Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

Tout en reconnaissant que l'égalité est un concept intrinsèquement comparatif (p. 164), le juge

against a sterile similarly situated test focussed on treating “likes” alike. An insistence on substantive equality has remained central to the Court’s approach to equality claims.

[16] Sections 15(1) and 15(2) work together to promote the vision of substantive equality that underlies s. 15 as a whole. Section 15(1) is aimed at preventing discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by the grounds enumerated in s. 15 and analogous grounds. This is one way of combatting discrimination. However, governments may also wish to combat discrimination by developing programs aimed at helping disadvantaged groups improve their situation. Through s. 15(2), the *Charter* preserves the right of governments to implement such programs, without fear of challenge under s. 15(1). This is made apparent by the existence of s. 15(2). Thus s. 15(1) and s. 15(2) work together to confirm s. 15’s purpose of furthering substantive equality.

[17] The template in *Andrews*, as further developed in a series of cases culminating in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, established in essence a two-part test for showing discrimination under s. 15(1): (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? These were divided, in *Law*, into three steps, but in our view the test is, in substance, the same.

[18] In *Andrews*, McIntyre J. viewed discriminatory impact through the lens of two concepts: (1) the perpetuation of prejudice or disadvantage to members of a group on the basis of personal characteristics identified in the enumerated and analogous grounds; and (2) stereotyping on the basis of these grounds that results in a decision that does not correspond to a claimant’s or group’s actual

McIntyre a mis en garde contre l’adoption d’un critère stérile de la situation analogue qui serait axé sur l’égalité de traitement des individus égaux. L’insistance sur l’égalité réelle est demeurée au cœur de l’approche que la Cour a adoptée à l’égard des demandes fondées sur le droit à l’égalité.

[16] Les paragraphes 15(1) et 15(2) ont pour effet combiné de promouvoir l’idée d’égalité réelle qui sous-tend l’ensemble de l’art. 15. Le paragraphe 15(1) vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l’art. 15 ou par des motifs analogues. Il s’agit là d’une façon de combattre la discrimination. Cependant, les gouvernements peuvent également souhaiter le faire au moyen de programmes destinés à aider des groupes défavorisés à améliorer leur situation. Grâce au par. 15(2), la *Charte* protège le droit des gouvernements de mettre en œuvre de tels programmes sans s’exposer à des contestations fondées sur le par. 15(1). C’est ce qui ressort de l’existence du par. 15(2). Donc, les par. 15(1) et 15(2) ont pour effet combiné de confirmer l’objet de l’art. 15 qui est de favoriser l’égalité réelle.

[17] Le modèle établi dans l’arrêt *Andrews*, qui a été explicité dans une série de décisions ayant abouti à l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, établissait essentiellement un critère à deux volets devant être utilisé pour démontrer l’existence de discrimination au sens du par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? Il était question de trois volets dans l’arrêt *Law*, mais nous estimons que le critère est essentiellement le même.

[18] Dans l’arrêt *Andrews*, le juge McIntyre a examiné l’effet discriminatoire en fonction de deux concepts : (1) la perpétuation d’un préjugé ou d’un désavantage dont les membres d’un groupe sont victimes en raison de caractéristiques personnelles décrites dans les motifs énumérés et analogues, et (2) l’application de stéréotypes fondés sur ces motifs qui donne lieu à une décision ne correspondant pas

circumstances and characteristics. *Andrews*, for example, was decided on the second of these concepts; it was held that the prohibition against non-citizens practising law was based on a stereotype that non-citizens could not *properly* discharge the responsibilities of a lawyer in British Columbia — a view that denied non-citizens a privilege, not on the basis of their merits and capabilities, but on the basis of what the Royal Commission Report on *Equality in Employment* (1984), referred to as “attributed rather than actual characteristics” (p. 2). Additionally, McIntyre J. emphasized that a finding of discrimination might be grounded in the fact that the impact of a particular law or program was to perpetuate the disadvantage of a group defined by enumerated or analogous s. 15 grounds. In this context, he said (at p. 174):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

[19] A decade later, in *Law*, this Court suggested that discrimination should be defined in terms of the impact of the law or program on the “human dignity” of members of the claimant group, having regard to four contextual factors: (1) pre-existing disadvantage, if any, of the claimant group; (2) degree of correspondence between the differential treatment and the claimant group’s reality; (3) whether the law or program has an ameliorative purpose or effect; and (4) the nature of the interest affected (paras. 62-75).

[20] The achievement of *Law* was its success in unifying what had become, since *Andrews*, a division in this Court’s approach to s. 15. *Law* accomplished this by reiterating and confirming *Andrews*’ interpretation of s. 15 as a guarantee of substantive, and not just formal, equality. Moreover, *Law* made

à la situation et aux caractéristiques réelles d’un demandeur ou d’un groupe. Par exemple, l’affaire *Andrews* a été tranchée en fonction du deuxième concept; la Cour a jugé que l’interdiction de pratiquer le droit dont faisaient l’objet les personnes n’ayant pas la citoyenneté était fondée sur un stéréotype selon lequel ces personnes ne pouvaient pas exercer *correctement* les fonctions d’un avocat en Colombie-Britannique — une conception qui privait ces gens d’un privilège non pas en raison de leurs mérites et de leurs capacités, mais en raison de ce que le rapport de la Commission royale sur l’égalité en matière d’emploi (1984) a qualifié de « caractéristiques qui leur sont prêtées à tort » (p. 2). En outre, le juge McIntyre a souligné qu’une conclusion à l’existence de discrimination pourrait reposer sur le fait qu’une loi ou un programme avait pour effet de perpétuer le désavantage dont était victime un groupe caractérisé par un motif énuméré à l’art. 15 ou par un motif analogue. Dans ce contexte, il a affirmé ceci (p. 174) :

J’affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société.

[19] Dix années plus tard, dans l’arrêt *Law*, notre Cour a proposé que la discrimination soit définie en fonction de l’effet de la loi ou du programme sur la « dignité humaine » des membres du groupe demandeur, eu égard à quatre facteurs contextuels : (1) le désavantage préexistant dont peut être victime le groupe demandeur; (2) le degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur; (3) la question de savoir si la loi ou le programme a un objet ou un effet améliorateur; (4) la nature du droit touché (par. 62-75).

[20] L’arrêt *Law* a réussi à unifier ce qui, depuis l’arrêt *Andrews*, était devenu une division dans l’approche de notre Cour relative à l’art. 15. L’arrêt *Law* est parvenu à le faire en réitérant et en confirmant l’interprétation donnée dans l’arrêt *Andrews*, selon laquelle l’art. 15 garantit l’égalité réelle et

an important contribution to our understanding of the conceptual underpinnings of substantive equality.

[21] At the same time, several difficulties have arisen from the attempt in *Law* to employ human dignity as a *legal test*. There can be no doubt that human dignity is an essential value underlying the s. 15 equality guarantee. In fact, the protection of all of the rights guaranteed by the *Charter* has as its lodestar the promotion of human dignity. As Dickson C.J. said in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. [p. 136]

[22] But as critics have pointed out, human dignity is an abstract and subjective notion that, even with the guidance of the four contextual factors, cannot only become confusing and difficult to apply; it has also proven to be an *additional* burden on equality claimants, rather than the philosophical enhancement it was intended to be.<sup>1</sup> Criticism has also accrued for the way *Law* has allowed the

<sup>1</sup> Donna Greschner, “Does *Law* Advance the Cause of Equality?” (2001), 27 *Queen’s L.J.* 299; Sheilah Martin, “Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 299; Donna Greschner, “The Purpose of Canadian Equality Rights” (2002), 6 *Rev. Const. Stud.* 291; Debra M. McAllister, “Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test” (2003–2004), 15 *N.J.C.L.* 3; Christopher D. Bredt and Adam M. Dodek, “Breaking the *Law*’s Grip on Equality: A New Paradigm for Section 15” (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33; Daphne Gilbert, “Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the *Charter*” (2003), 48 *McGill L.J.* 627; Daniel Proulx, “Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles”, [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485; Daphne Gilbert and Diana Majury, “Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Doooms Section 15” (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Christian Brunelle, “La dignité dans la

non seulement formelle. De plus, l’arrêt *Law* nous a beaucoup aidé à comprendre le fondement conceptuel de l’égalité réelle.

[21] En même temps, plusieurs difficultés ont découlé de la tentative, dans l’arrêt *Law*, de faire de la dignité humaine un *critère juridique*. Il ne fait aucun doute que la dignité humaine est une valeur essentielle qui sous-tend le droit à l’égalité garanti par l’art. 15. En fait, la protection de tous les droits garantis par la *Charte* est guidée par la promotion de la dignité de l’être humain. Comme le juge en chef Dickson l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l’être humain, la promotion de la justice et de l’égalité sociales, l’acceptation d’une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. [p. 136]

[22] Toutefois, comme l’ont souligné des détracteurs, la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l’aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s’est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l’égalité, au lieu d’être l’éclaircissement philosophique qu’elle était censée constituer<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Donna Greschner, « Does *Law* Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen’s L.J.* 299; Sheilah Martin, « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals » (2001), 80 *R. du B. can.* 299; Donna Greschner, « The Purpose of Canadian Equality Rights » (2002), 6 *R. études const.* 291; Debra M. McAllister, « Section 15 — The Unpredictability of the *Law* Test » (2003–2004), 15 *R.N.D.C.* 3; Christopher D. Bredt et Adam M. Dodek, « Breaking the *Law*’s Grip on Equality : A New Paradigm for Section 15 » (2003), 20 *S.C.L.R.* (2d) 33; Daphne Gilbert, « Time to Regroup : Rethinking Section 15 of the *Charter* » (2003), 48 *R.D. McGill* 627; Daniel Proulx, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », [2003] *R. du B.* (numéro spécial) 485; Daphne Gilbert et Diana Majury, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Doooms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Christian Brunelle, « La dignité dans

formalism of some of the Court's post-*Andrews* jurisprudence to resurface in the form of an artificial comparator analysis focussed on treating likes alike.<sup>2</sup>

[23] The analysis in a particular case, as *Law* itself recognizes, more usefully focusses on the factors that identify impact amounting to discrimination. The four factors cited in *Law* are based on and relate to the identification in *Andrews* of perpetuation of disadvantage and stereotyping

---

*Charte des droits et libertés de la personne*: de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale», in *La Charte québécoise: origines, enjeux et perspectives*, [2006] R. du B. (numéro thématique) 143; R. James Fyfe, "Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada" (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. 2007), vol. 2, at pp. 55-28 and 55-29; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada* (2008), at pp. 80-82.

<sup>2</sup> Sophia Reibetanz Moreau, "Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups" (2006), 5 *J.L. & Equality* 81; Daphne Gilbert and Diana Majury, "Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Doms Section 15" (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Beverley Baines, "Equality, Comparison, Discrimination, Status", in Fay Faraday, Margaret Denike and M. Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 73; Dianne Pothier, "Equality as a Comparative Concept: Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All?", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 135. See also Dianne Pothier, "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37; Bruce Ryder, Cidalia C. Faria and Emily Lawrence, "What's Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions" (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103; Mayo Moran, "Protesting Too Much: Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 71; Sheila McIntyre, "Deference and Dominance: Equality Without Substance", in Sheila McIntyre and Sanda Rodgers, eds., *Diminishing Returns: Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 95.

Les critiques se sont aussi accumulées à l'égard de la façon dont l'arrêt *Law* a permis au formalisme de certains arrêts de la Cour ultérieurs à l'arrêt *Andrews* de ressurgir sous la forme d'une analyse comparative artificielle axée sur l'égalité de traitement des individus égaux<sup>2</sup>.

[23] Comme la Cour le reconnaît dans l'arrêt *Law* même, il est plus utile d'analyser, dans chaque cas, les facteurs qui permettent de reconnaître l'effet discriminatoire. Les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* sont fondés sur la qualification, dans l'arrêt *Andrews*, de la perpétuation

---

la *Charte des droits et libertés de la personne* : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, [2006] R. du B. (numéro thématique) 143; R. James Fyfe, « Dignity as Theory : Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. 2007), vol. 2, p. 55-28 et 55-29; Alexandre Morin, *Le droit à l'égalité au Canada* (2008), p. 80-82.

<sup>2</sup> Sophia Reibetanz Moreau, « Equality Rights and the Relevance of Comparator Groups » (2006), 5 *J.L. & Equality* 81; Daphne Gilbert et Diana Majury, « Critical Comparisons : The Supreme Court of Canada Doms Section 15 » (2006), 24 *Windsor Y.B. Access Just.* 111; Beverley Baines, « Equality, Comparison, Discrimination, Status », dans Fay Faraday, Margaret Denike et M. Kate Stephenson, dir., *Making Equality Rights Real : Securing Substantive Equality under the Charter* (2006), 73; Dianne Pothier, « Equality as a Comparative Concept : Mirror, Mirror, on the Wall, What's the Fairest of Them All? », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 135. Voir aussi Dianne Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37; Bruce Ryder, Cidalia C. Faria et Emily Lawrence, « What's Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions » (2004), 24 *S.C.L.R.* (2d) 103; Mayo Moran, « Protesting Too Much : Rational Basis Review Under Canada's Equality Guarantee », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 71; Sheila McIntyre, « Deference and Dominance : Equality Without Substance », dans Sheila McIntyre et Sanda Rodgers, dir., *Diminishing Returns : Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2006), 95.

as the primary indicators of discrimination. Pre-existing disadvantage and the nature of the interest affected (factors one and four in *Law*) go to perpetuation of disadvantage and prejudice, while the second factor deals with stereotyping. The ameliorative purpose or effect of a law or program (the third factor in *Law*) goes to whether the purpose is remedial within the meaning of s. 15(2). (We would suggest, without deciding here, that the third *Law* factor might also be relevant to the question under s. 15(1) as to whether the effect of the law or program is to perpetuate disadvantage.)

[24] Viewed in this way, *Law* does not impose a new and distinctive test for discrimination, but rather affirms the approach to substantive equality under s. 15 set out in *Andrews* and developed in numerous subsequent decisions. The factors cited in *Law* should not be read literally as if they were legislative dispositions, but as a way of focussing on the central concern of s. 15 identified in *Andrews* — combatting discrimination, defined in terms of perpetuating disadvantage and stereotyping.

[25] The central purpose of combatting discrimination, as discussed, underlies both s. 15(1) and s. 15(2). Under s. 15(1), the focus is on *preventing* governments from making distinctions based on the enumerated or analogous grounds that: have the effect of perpetuating group disadvantage and prejudice; or impose disadvantage on the basis of stereotyping. Under s. 15(2), the focus is on *enabling* governments to pro-actively combat existing discrimination through affirmative measures.

d'un désavantage et de l'application de stéréotypes comme étant les principaux indices de discrimination, et se rapportent à cette qualification. La préexistence d'un désavantage et la nature du droit touché (les premier et quatrième facteurs énoncés dans l'arrêt *Law*) concernent la perpétuation d'un désavantage et d'un préjugé, alors que le deuxième facteur a trait à l'application de stéréotypes. L'objet ou l'effet améliorateur d'une loi ou d'un programme (le troisième facteur énuméré dans l'arrêt *Law*) concerne la question de savoir si la mesure en question a un objet réparateur au sens du par. 15(2). (Nous dirions, sans pour autant le décider ici, que le troisième facteur énuméré dans l'arrêt *Law* pourrait aussi être pertinent pour trancher la question qui, aux fins d'application du par. 15(1), est de savoir si la loi ou le programme en cause a pour effet de perpétuer un désavantage.)

[24] Considéré sous cet angle, l'arrêt *Law* ne prescrit pas l'application d'un nouveau critère distinctif pour déterminer l'existence de discrimination, mais il confirme plutôt l'approche relative à l'égalité réelle visée par l'art. 15, qui a été énoncée dans l'arrêt *Andrews* et explicitée dans de nombreux arrêts subséquents. Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews* — la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes.

[25] Comme nous l'avons vu, l'objectif primordial que représente la lutte contre la discrimination sous-tend à la fois le par. 15(1) et le par. 15(2). Le paragraphe 15(1) a pour objet d'*empêcher* les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes. Le paragraphe 15(2) vise à *permettre* aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination existante grâce à l'adoption de mesures de promotion sociale.



[26] Against this background, we turn to a more detailed examination of s. 15(2) and its role in this appeal.

## 2. Section 15(2)

[27] Under *Andrews*, as previously noted, s. 15 does not mean identical treatment. McIntyre J. explained that “every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality”, and that “identical treatment may frequently produce serious inequality” (p. 164). McIntyre J. explicitly rejected identical treatment as a *Charter* objective, based in part on the existence of s. 15(2). At p. 171, he stated that “the fact that identical treatment may frequently produce serious inequality is recognized in s. 15(2)”.

[28] Rather than requiring identical treatment for everyone, in *Andrews*, McIntyre J. distinguished between difference and discrimination and adopted an approach to equality that acknowledged and accommodated differences. McIntyre J. proposed the following model, at p. 182:

[I]n assessing whether a complainant’s rights have been infringed under s. 15(1), it is not enough to focus only on the alleged ground of discrimination and decide whether or not it is an enumerated or analogous ground. The effect of the impugned distinction or classification on the complainant must be considered. Once it is accepted that not all distinctions and differentiations created by law are discriminatory, then a role must be assigned to s. 15(1) which goes beyond the mere recognition of a legal distinction. A complainant under s. 15(1) must show not only that he or she is not receiving equal treatment before and under the law or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefit accorded by law but, in addition, must show that the legislative impact of the law is discriminatory.

In other words, not every distinction is discriminatory. By their very nature, programs designed to ameliorate the disadvantage of one group will inevitably exclude individuals from other groups. This does not necessarily make them either

[26] Dans ce contexte, nous allons procéder à un examen plus détaillé du par. 15(2) et du rôle qu’il joue dans le présent pourvoi.

## 2. Le paragraphe 15(2)

[27] Comme nous l’avons vu, selon l’arrêt *Andrews*, l’art. 15 n’est pas synonyme de traitement identique. Le juge McIntyre a expliqué que « toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité » et qu’« un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités » (p. 164). Il a refusé explicitement de reconnaître que le traitement identique est un objectif de la *Charte* fondé en partie sur l’existence du par. 15(2). À la page 171, il a affirmé que « le fait qu’un traitement identique puisse souvent engendrer de graves inégalités est reconnu par le par. 15(2) ».

[28] Au lieu d’exiger que tous soient traités de manière identique, le juge McIntyre a, dans l’arrêt *Andrews*, établi une distinction entre différence et discrimination, et il a adopté, en matière de droits à l’égalité, une approche consistant à reconnaître les différences et à en tenir compte. Le juge McIntyre a proposé le modèle suivant, à la p. 182 :

[P]our vérifier s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, il ne suffit pas de se concentrer uniquement sur le motif allégué de discrimination et de décider s’il s’agit d’un motif énuméré ou analogue. L’examen doit également porter sur l’effet de la distinction ou de la classification attaquée sur le plaignant. Dès qu’on accepte que ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, on doit alors attribuer au par. 15(1) un rôle qui va au-delà de la simple reconnaissance d’une distinction légale. Un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu’il ne bénéficie pas d’un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou encore que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu’elle offre, mais encore que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif.

En d’autres termes, les distinctions ne sont pas toutes discriminatoires. De par leur nature même, les programmes destinés à améliorer la situation d’un groupe défavorisé excluent inévitablement les membres d’autres groupes. Cela n’en fait pas

unconstitutional or “reverse discrimination”. *Andrews* requires that discriminatory conduct entail more than *different* treatment. As McIntyre J. declared at p. 167, a law will not “necessarily be bad because it makes distinctions”.

[29] In our view, the appellants have established that they were treated differently based on an enumerated ground, race. Because the government argues that the program ameliorated the conditions of a disadvantaged group, we must take a more detailed look at s. 15(2).

[30] The question that arises is whether the program that targeted the aboriginal bands falls under s. 15(2) in the sense that it is a “law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”. As noted, the communal fishing licence authorizing the three bands to fish for sale on August 19-20 was issued pursuant to an enabling statute and regulations — namely the *ACFLR*. This qualifies as a “law, program or activity” within the meaning of s. 15(2). The more complex issue is whether the program fulfills the remaining criteria of s. 15(2) — that is, whether the program “has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”.

[31] Even before the enactment of the *Charter*, this Court in *Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co.*, [1981] 1 S.C.R. 699, recognized that ameliorative programs targeting a disadvantaged group do not constitute discrimination. The issue in the case was whether the Energy Resources Conservation Board had jurisdiction to require an “affirmative action” program for the hiring of aboriginal people as a condition of its approval of a tar sands plant. The Court unanimously concluded that there was no such jurisdiction, but Ritchie J., writing for four of the judges (Laskin C.J., himself, Dickson J. and McIntyre J.), addressed the affirmative action aspect of the case, concluding that a program designed to benefit

nécessairement des mesures inconstitutionnelles ou des mesures de « discrimination à rebours ». Selon l’arrêt *Andrews*, le comportement discriminatoire doit engendrer plus qu’une *différence* de traitement. Comme l’a déclaré le juge McIntyre, à la p. 167, une loi ne sera pas « nécessairement mauvaise parce qu’elle établit des distinctions ».

[29] À notre avis, les appelants ont établi qu’ils ont été traités différemment en raison d’un motif énuméré, la race. Parce que le gouvernement fait valoir que le programme a amélioré la situation d’un groupe défavorisé, nous devons examiner plus en détail le par. 15(2).

[30] La question qui se pose est de savoir si le programme qui visait les bandes autochtones relève du par. 15(2) en ce sens qu’il constitue une « lo[i], [un] programm[e] ou [une] activit[é] destin[é] à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés ». Comme nous l’avons vu, le permis de pêche communautaire autorisant les trois bandes à pêcher aux fins de vente les 19 et 20 août a été délivré conformément à une loi habilitante et à son règlement d’application, à savoir le *RPPCA*. Cette mesure constitue une « lo[i], [un] programm[e] ou [une] activit[é] » au sens du par. 15(2). La question plus complexe à laquelle il faut répondre est de savoir si le programme remplit l’autre condition du par. 15(2), c’est-à-dire s’il est « destin[é] à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés ».

[31] Même avant l’adoption de la *Charte*, notre Cour, dans l’arrêt *Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée*, [1981] 1 R.C.S. 699, a reconnu que les programmes améliorateurs visant un groupe défavorisé ne sont pas discriminatoires. Dans cette affaire, la question était de savoir l’Energy Resources Conservation Board avait compétence pour prescrire la mise en œuvre d’un programme d’« action positive » visant l’embauche d’Autochtones comme condition de son approbation d’une usine de traitement de sables bitumineux. La Cour a conclu, à l’unanimité, que l’organisme en question n’avait pas cette compétence, mais le juge Ritchie, s’exprimant en son propre nom et en celui de trois autres juges (le juge en chef

the aboriginal community was not discrimination within the meaning of *The Individual's Rights Protection Act* of Alberta, S.A. 1972, c. 2:

In the present case what is involved is a proposal designed to improve the lot of the native peoples with a view to enabling them to compete as nearly as possible on equal terms with other members of the community who are seeking employment in the tar sands plant. With all respect, I can see no reason why the measures proposed by the “affirmative action” programs for the betterment of the lot of the native peoples in the area in question should be construed as “discriminating against” other inhabitants. The purpose of the plan as I understand it is not to displace non-Indians from their employment, but rather to advance the lot of the Indians so that they may be in a competitive position to obtain employment without regard to the handicaps which their race has inherited. [p. 711]

[32] The Royal Commission Report on *Equality in Employment*, whose mandate was to determine whether there should be affirmative action in Canada and on which McIntyre J. relied to develop his theories of discrimination and equality, set out the principles underlying s. 15(2), at pp. 13-14:

In recognition of the journey many have yet to complete before they achieve equality, and in recognition of how the duration of the journey has been and is being unfairly protracted by arbitrary barriers, section 15(2) permits laws, programs, or activities designed to eliminate these restraints. While section 15(1) guarantees to individuals the right to be treated as equals free from discrimination, section 15(2), though itself creating no enforceable remedy, assures that it is neither discriminatory nor a violation of the equality guaranteed by section 15(1) to attempt to improve the condition of disadvantaged individuals or groups, even if this means treating them differently.

Section 15(2) covers the canvas with a broad brush, permitting a group remedy for discrimination. The section encourages a comprehensive or systemic rather than a particularized approach to the elimination of discriminatory barriers.

Section 15(2) does not create the statutory obligation to establish laws, programs, or activities to hasten

Laskin et les juges Dickson et McIntyre), a abordé l’aspect « action positive » de l’affaire, concluant qu’un programme destiné à favoriser la collectivité autochtone n’était pas discriminatoire au sens de la loi albertaine intitulée *The Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, ch. 2 :

En l’espèce, il s’agit d’une proposition destinée à améliorer le sort des autochtones afin de leur permettre de faire concurrence, autant que possible sur un pied d’égalité avec eux, aux autres membres de la collectivité qui cherchent un emploi à l’usine de traitement de sables bitumineux. Avec égards, je ne vois aucune raison pour laquelle on devrait conclure à l’existence de « mesures discriminatoires à l’égard » d’autres habitants dans les propositions que comportent les programmes d’« action positive » pour l’amélioration du sort des autochtones de la région en question. L’objet du plan, si je le comprends bien, n’est pas de chasser les non-Indiens de leurs emplois, mais plutôt d’améliorer le sort des Indiens pour qu’ils soient en mesure d’obtenir des emplois malgré les handicaps dont ceux de leur race ont hérité. [p. 711]

[32] Le rapport de la Commission royale sur l’égalité en matière d’emploi — qui avait pour mandat de déterminer si la promotion sociale était indiquée au Canada —, sur lequel le juge McIntyre s’est fondé pour établir ses théories de la discrimination et de l’égalité, énonce les principes qui sous-tendent le par. 15(2), aux p. 14-15 :

En tenant compte du chemin que beaucoup doivent encore parcourir avant de parvenir à l’égalité, et en reconnaissant que des obstacles arbitraires n’ont fait, jusqu’ici, que reculer davantage l’objectif à atteindre, le paragraphe 15(2) autorise maintenant les lois, programmes ou activités destinés à éliminer les contraintes à l’égalité. Tandis que le paragraphe 15(1) garantit aux individus le droit d’être traités en égaux sans discrimination aucune, le paragraphe 15(2), bien qu’il ne rende pas obligatoire l’application de mesures, prévoit que le fait de tenter d’améliorer la condition des individus ou groupes défavorisés ne constitue ni une pratique discriminatoire ni une violation du droit à l’égalité garanti par le paragraphe 15(1), même si cela signifie les traiter de façon différente.

Le paragraphe 15(2) ouvre la voie en permettant l’application de mesures correctives à un groupe. L’article 15 favorise une approche globale ou systémique plutôt qu’individuelle en vue d’éliminer les obstacles discriminatoires.

Le paragraphe 15(2) n’exige pas l’adoption de lois ou la création de programmes et d’activités pour parvenir

equality, ameliorate disadvantage, or eliminate discrimination. But it sanctions them, acting with statutory acquiescence.

[33] In essence, s. 15(2) of the *Charter* seeks to protect efforts by the state to develop and adopt remedial schemes designed to assist disadvantaged groups. This interpretation is confirmed by the language in s. 15(2), “does not preclude”.

[34] This Court dealt explicitly with the relationship between s. 15(1) and s. 15(2) in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37. The Court, *per* Iacobucci J., appeared unwilling at that time to give s. 15(2) independent force, but left the door open for that possibility, at para. 108:

[A]t this stage of the jurisprudence, I see s. 15(2) as confirmatory of s. 15(1) and, in that respect, claimants arguing equality claims in the future should first be directed to s. 15(1) since that subsection can embrace ameliorative programs of the kind that are contemplated by s. 15(2). By doing that one can ensure that the program is subject to the full scrutiny of the discrimination analysis, as well as the possibility of a s. 1 review. However . . . we may well wish to reconsider this matter at a future time in the context of another case. [Emphasis added.]

[35] Iacobucci J. in *Lovelace* perceived two possible approaches to the interpretation of s. 15(2). He believed that the Supreme Court could either read s. 15(2) as an interpretive aid to s. 15(1) (the approach adopted in *Lovelace*) or read it as an exception or exemption from the operation of s. 15(1).

[36] He favoured the interpretive aid approach, while acknowledging that the exemption approach had some support. In particular, he cited Mark A. Drumbl and John D. R. Craig for the proposition that s. 15(2) should defend against a s. 15(1) violation because otherwise the provision becomes redundant and does not encourage the government to combat discrimination pro-actively through ameliorative programs (“Affirmative Action in

plus vite à l'égalité, corriger les inégalités ou éliminer la discrimination. Mais il sanctionne de telles mesures, leur accordant une reconnaissance légale.

[33] Essentiellement, le par. 15(2) de la *Charte* vise à protéger les efforts déployés par l'État pour concevoir et adopter des mesures correctives destinées à aider les groupes défavorisés. L'expression « n'a pas pour effet d'interdire », contenue dans le par. 15(2), confirme la validité de cette interprétation.

[34] Dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, notre Cour a examiné explicitement le lien entre le par. 15(1) et le par. 15(2). La Cour, sous la plume du juge Iacobucci, n'a pas paru disposée, à l'époque, à considérer que le par. 15(2) s'applique de manière indépendante, mais elle n'a pas écarté cette possibilité, au par. 108 :

[D]ans l'état actuel de la jurisprudence, je considère que le par. 15(2) confirme la portée du par. 15(1) et, à cet égard, les demandeurs qui présenteront dans le futur des demandes fondées sur le droit à l'égalité devraient d'abord invoquer le par. 15(1), puisque cette disposition vise les programmes améliorateurs du genre de ceux envisagés au par. 15(2). En agissant ainsi, ils s'assureront que le programme fera l'objet de l'examen approfondi effectué dans le cadre de l'analyse relative à la discrimination, en plus d'ouvrir la possibilité d'un examen fondé sur l'article premier. Toutefois [ . . . ], il est bien possible que nous désirions réexaminer cette question ultérieurement, dans le contexte d'une autre affaire. [Nous soulignons.]

[35] Dans l'arrêt *Lovelace*, le juge Iacobucci a estimé que le par. 15(2) pouvait être interprété de deux façons. Selon lui, la Cour suprême pouvait considérer que le par. 15(2) est un outil d'interprétation du par. 15(1) (l'approche adoptée dans l'arrêt *Lovelace*), ou qu'il établit une exception ou une exemption relativement à l'application du par. 15(1).

[36] Il a retenu l'approche selon laquelle cette disposition est un outil d'interprétation, tout en reconnaissant que celle voulant qu'elle établisse une exemption bénéficiait d'un certain appui. En particulier, il a mentionné Mark A. Drumbl et John D. R. Craig pour appuyer la thèse selon laquelle le par. 15(2) devrait constituer un moyen de défense contre une violation du par. 15(1), sans quoi la disposition devient superflue et n'incite pas le gouvernement

Question: A Coherent Theory for Section 15(2)” (1997), 4 *Rev. Const. Stud.* 80, at para. 102).

[37] In our view, there is a third option: if the government can demonstrate that an impugned program meets the criteria of s. 15(2), it may be unnecessary to conduct a s. 15(1) analysis at all. As discussed at the outset of this analysis, s. 15(1) and s. 15(2) should be read as working together to promote substantive equality. The focus of s. 15(1) is on *preventing* governments from making distinctions based on enumerated or analogous grounds that have the effect of perpetuating disadvantage or prejudice or imposing disadvantage on the basis of stereotyping. The focus of s. 15(2) is on *enabling* governments to pro-actively combat discrimination. Read thus, the two sections are confirmatory of each other. Section 15(2) supports a full expression of equality, rather than derogating from it. “Under a substantive definition of equality, different treatment in the service of equity for disadvantaged groups is an expression of equality, not an exception to it”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. 2007), vol. 2, at p. 55-53.

[38] But this confirmatory purpose does not preclude an independent role for s. 15(2). Section 15(2) is more than a hortatory admonition. It tells us, in simple clear language, that s. 15(1) cannot be read in a way that finds an ameliorative program aimed at combatting disadvantage to be discriminatory and in breach of s. 15.

[39] Here the appellants claim discrimination on the basis of s. 15(1). The source of that discrimination — the very essence of their complaint — is a program that may be ameliorative. This leaves but one conclusion: if the government establishes that the program falls under s. 15(2), the appellants’ claim must fail.

à combattre de manière proactive la discrimination grâce à des programmes améliorateurs (« Affirmative Action in Question : A Coherent Theory for Section 15(2) » (1997), 4 *R. études const.* 80, par. 102).

[37] À notre avis, il existe une troisième possibilité : si le gouvernement peut démontrer qu’un programme contesté remplit les conditions du par. 15(2), il peut se révéler tout à fait inutile d’effectuer une analyse relative au par. 15(1). Comme nous l’avons vu au début de la présente analyse, les par. 15(1) et 15(2) doivent être interprétés comme ayant pour effet combiné de promouvoir l’égalité réelle. Le paragraphe 15(1) a pour objet d’empêcher les gouvernements d’établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues ayant pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé, ou d’imposer un désavantage fondé sur l’application de stéréotypes. Le paragraphe 15(2) vise à *permettre* aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination. Ainsi interprétées, les deux dispositions confirment mutuellement leur portée. Le paragraphe 15(2) favorise la pleine expression de l’égalité plutôt que la dérogation à celle-ci. [TRADUCTION] « Selon la définition de l’égalité réelle, la différence de traitement destinée à traiter de façon équitable des groupes défavorisés représente une expression d’égalité, non une exception à celle-ci » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. 2007), vol. 2, p. 55-53.

[38] Toutefois, cet objectif de confirmation n’empêche pas le par. 15(2) de jouer un rôle indépendant. Ce paragraphe représente plus qu’une exhortation. Il précise simplement et clairement que le par. 15(1) ne peut pas recevoir une interprétation qui permet de déclarer discriminatoire et contraire à l’art. 15 un programme améliorateur destiné à supprimer un désavantage.

[39] En l’espèce, les appelants allèguent l’existence de discrimination en se fondant sur le par. 15(1). La source de cette discrimination — l’essence même de leur plainte — est un programme qui peut être améliorateur. Une seule conclusion est donc possible : si le gouvernement établit que ce programme relève du par. 15(2), l’allégation des appelants doit être rejetée.

[40] In other words, once the s. 15 claimant has shown a distinction made on an enumerated or analogous ground, it is open to the government to show that the impugned law, program or activity is ameliorative and, thus, constitutional. This approach has the advantage of avoiding the symbolic problem of finding a program discriminatory before “saving” it as ameliorative, while also giving independent force to a provision that has been written as distinct and separate from s. 15(1). Should the government fail to demonstrate that its program falls under s. 15(2), the program must then receive full scrutiny under s. 15(1) to determine whether its impact is discriminatory.

[41] We would therefore formulate the test under s. 15(2) as follows. A program does not violate the s. 15 equality guarantee if the government can demonstrate that: (1) the program has an ameliorative or remedial purpose; and (2) the program targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds. In proposing this test, we are mindful that future cases may demand some adjustment to the framework in order to meet the litigants’ particular circumstances. However, at this early stage in the development of the law surrounding s. 15(2), the test we have described provides a basic starting point — one that is adequate for determining the issues before us on this appeal, but leaves open the possibility for future refinement.

[42] We build our analysis of s. 15(2) and its operation around three key phrases in the provision. The subsection protects “any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”. While there is some overlap in the considerations raised by each of these terms, it may be useful to consider each of them individually.

[40] En d’autres termes, une fois que l’auteur d’une demande présentée en vertu de l’art. 15 a établi l’existence d’une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, le gouvernement peut démontrer que la loi, le programme ou l’activité contesté apporte une amélioration et est donc conforme à la Constitution. L’avantage que présente cette approche est qu’elle permet d’éviter la difficulté symbolique d’avoir à juger un programme discriminatoire avant de le « valider » comme étant améliorateur, tout en permettant d’appliquer de façon indépendante une disposition qui a été formulée de façon séparée et distincte du par. 15(1). Si le gouvernement ne démontre pas que son programme relève du par. 15(2), ce programme doit alors faire l’objet d’un examen approfondi au regard du par. 15(1) afin de déterminer s’il a un effet discriminatoire.

[41] Par conséquent, voici la façon dont nous formulerions le critère applicable pour les besoins du par. 15(2) : un programme ne porte pas atteinte au droit à l’égalité garanti par l’art. 15, si le gouvernement peut démontrer (1) que le programme a un objet améliorateur ou réparateur et (2) que le programme vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. En proposant ce critère, nous sommes conscientes du fait qu’il pourra se révéler nécessaire, dans des affaires ultérieures, d’ajuster ce cadre d’analyse afin de l’adapter à la situation particulière des parties. Toutefois, à cette étape embryonnaire de l’établissement du droit relatif au par. 15(2), le critère que nous avons décrit constitue un point de départ fondamental suffisant pour trancher les questions dont nous sommes saisis en l’espèce, mais toujours susceptible d’être amélioré à l’avenir.

[42] Notre analyse du par. 15(2) et de son application est basée sur trois mots clés de la disposition. Ce paragraphe protège « les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés ». Bien que les considérations soulevées par chacun de ces mots puissent se recouper jusqu’à un certain point, il est sans doute utile d’examiner ceux-ci individuellement.

(a) “Has as Its Object”

[43] In interpreting this phrase, two issues arise. The first is whether courts should look to the *purpose* or to the *effect* of legislation. The second is whether, in order to qualify for s. 15(2) protection, a program must have an ameliorative purpose as its sole object, or whether having such a goal as one of several objectives is sufficient.

[44] The language of s. 15(2) suggests that legislative goal rather than actual effect is the paramount consideration in determining whether or not a program qualifies for s. 15(2) protection. Michael Peirce defends this view, which he refers to as the “subjective” approach, because it adheres more closely to the language of the provision and avoids potentially inappropriate judicial intervention in government programs (“A Progressive Interpretation of Subsection 15(2) of the *Charter*” (1993), 57 *Sask. L. Rev.* 263). Scholars have nonetheless disagreed about the appropriate approach, often using the “subjective” (goal-based) and “objective” (effect-based) language.

[45] Scholars and judges who have supported judicial examination of the actual *effect* of a program offer one primary argument to defend their view. They express concern that a “subjective” test will permit the government to defeat a discrimination claim by declaring that the impugned law has an ameliorative purpose. Thus, Russell Juriansz states that a “purely subjective test may be too wide” (“Recent Developments in Canadian Law: Anti-Discrimination Law Part I” (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 447, at p. 483). David Lepofsky and Jerome Bickenbach believe that the “better view is that the defendant must establish that the impugned program has some serious likelihood of achieving its ameliorative goal” (“Equality Rights and the Physically Handicapped”, in A. F. Bayefsky and M. Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), 323, at p. 355). They justify this perspective with the argument that “if

a) « destinés »

[43] Deux questions se posent lors que nous interprétons ce mot. La première question est de savoir si les tribunaux doivent examiner l’*objet* ou l’*effet* de la mesure législative. La deuxième question consiste à se demander si, pour bénéficier de la protection du par. 15(2), un programme doit viser uniquement un objet améliorateur ou s’il suffit que cet objet améliorateur soit l’un des divers objectifs du programme en cause.

[44] Le libellé du par. 15(2) indique que c’est l’objectif législatif plutôt que l’effet réel qui est la considération primordiale pour déterminer si un programme peut bénéficier de la protection du par. 15(2). Michael Peirce défend ce point de vue, qu’il qualifie d’approche « subjective », parce qu’il est plus conforme au libellé de la disposition et qu’il permet d’éviter une ingérence potentiellement inappropriée des tribunaux dans les programmes gouvernementaux (« A Progressive Interpretation of Subsection 15(2) of the *Charter* » (1993), 57 *Sask. L. Rev.* 263). Les auteurs de doctrine sont néanmoins en désaccord au sujet de l’approche qui devrait être adoptée, et utilisent souvent les qualificatifs « subjectif » (fondé sur l’objet) et « objectif » (fondé sur l’effet).

[45] Les auteurs de doctrine et les juges qui sont favorables à un examen judiciaire de l’*effet* réel d’un programme avancent principalement l’argument suivant à l’appui de leur point de vue. Ils disent craindre qu’un critère « subjectif » permette au gouvernement de faire obstacle à une allégation de discrimination en déclarant que la loi contestée a un objet améliorateur. C’est ainsi que Russell Juriansz affirme qu’un [TRADUCTION] « critère purement subjectif peut être trop large » (« Recent Developments in Canadian Law : Anti-Discrimination Law Part I » (1987), 19 *R.D. Ottawa* 447, p. 483). David Lepofsky et Jerome Bickenbach croient que la [TRADUCTION] « meilleure approche est celle voulant que le défendeur doive établir que le programme contesté a de sérieuses chances d’atteindre son objectif améliorateur » (« Equality Rights and the Physically Handicapped », dans A. F. Bayefsky et M. Eberts, dir., *Equality Rights and the*

ameliorative legislative purpose were the sole test under section 15(2), a legislature could easily circumvent the egalitarian requirements under section 15(1) by including in any potentially discriminatory legislation a clause which provides that ‘this Act has as its object the amelioration of the conditions of . . . a disadvantaged group’” (p. 355).

[46] In our opinion, this concern can be easily addressed. There is nothing to suggest that a test focussed on the goal of legislation must slavishly accept the government’s characterization of its purpose. Courts could well examine legislation to ensure that the declared purpose is genuine. Courts confronted with a s. 15(2) claim have done just that. For example, in *Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Man.)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92 (Q.B.) (rev’d in part (1988), 55 Man. R. (2d) 263 (C.A.)), Simonsen J. explained, at para. 51:

A bald declaration by government that it has adopted a program which “has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race . . .” does not *ipso facto* meet the requirements to sanctify the program under s. 15(2) of the *Charter*. The government cannot employ such a naked declaration as a shield to protect an activity or program which is unnecessarily discriminatory.

[47] In that vein, proponents of the approach that focusses on the ameliorative goal of the program, rather than its effect, argue that doing so will prevent courts from unduly interfering in ameliorative programs created by the legislature. They note that Canadian *Charter* drafters wished to avoid the American experience, whereby judges overturned affirmative action programs under the banner of equality. The purpose-driven approach also reflects the language of the provision itself, which focusses on the “object” of the program, law or activity rather than its impact. Moreover, the effects of a

*Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), 323, p. 355). Ils justifient ce point de vue par l’argument selon lequel, [TRADUCTION] « si l’objectif améliorateur d’une mesure législative était le seul critère applicable pour les besoins du par. 15(2), un législateur pourrait facilement contourner les exigences égalitaires du par. 15(1) en insérant dans toute mesure législative potentiellement discriminatoire une clause prévoyant que “la présente loi est destinée à améliorer la situation [d’un] [. . .] groupe défavorisé” » (p. 355).

[46] À notre avis, cette crainte peut être facilement dissipée. Rien n’indique qu’un critère axé sur l’objectif d’une mesure législative doit retenir servilement la façon dont le gouvernement qualifie son objectif. Les tribunaux pourraient bien examiner une mesure législative pour s’assurer que l’objet déclaré est véritable. C’est exactement ce qu’ont fait les tribunaux saisis d’une demande fondée sur le par. 15(2). Par exemple, dans la décision *Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Man.)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92 (B.R.) (inf. en partie par (1988), 55 Man. R. (2d) 263 (C.A.)), le juge Simonsen a expliqué ceci, au par. 51 :

[TRADUCTION] Une simple déclaration du gouvernement selon laquelle il a adopté un programme « destin[é] à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race [. . .] » ne respecte pas automatiquement les exigences requises pour valider le programme au regard du par. 15(2) de la *Charte*. Le gouvernement ne peut pas se servir d’une déclaration aussi rudimentaire pour assurer la protection d’une activité ou d’un programme qui est inutilement discriminatoire.

[47] Dans cette veine, les partisans de l’approche axée sur l’objectif améliorateur du programme, plutôt que sur son effet, prétendent que cette façon de procéder empêchera les tribunaux de s’ingérer indûment dans des programmes améliorateurs créés par le législateur. Ils soulignent que les rédacteurs de la *Charte* canadienne ont voulu éviter la situation qui s’est produite aux États-Unis lorsque des juges ont annulé des programmes de promotion sociale au nom de l’égalité. L’approche téléologique reflète également le libellé même de la disposition, qui met l’accent sur l’« objet » du



program in its fledgling stages cannot always be easily ascertained. The law or program may be experimental. If the sincere purpose is to promote equality by ameliorating the conditions of a disadvantaged group, the government should be given some leeway to adopt innovative programs, even though some may ultimately prove to be unsuccessful. The government may learn from such failures and revise equality-enhancing programs to make them more effective.

[48] Given the language of the provision and its goal of enabling governments to pro-actively combat discrimination, we believe the “purpose”-based approach is more appropriate than the “effect”-based approach: where a law, program or activity creates a distinction based on an enumerated or analogous ground, was the government’s goal in creating that distinction to improve the conditions of a group that is disadvantaged? In examining purpose, courts may therefore find it necessary to consider not only statements made by the drafters of the program but also whether the legislature chose means rationally related to that ameliorative purpose, in the sense that it appears at least plausible that the program may indeed advance the stated goal of combatting disadvantage. The Manitoba Court of Queen’s Bench suggested that it favoured an analysis of this kind in *Manitoba Rice Farmers Association*, at para. 54:

In order to justify a program under s. 15(2), I believe there must be a real nexus between the object of the program as declared by the government and its form and implementation. It is not sufficient to declare that the object of a program is to help a disadvantaged group if in fact the ameliorative remedy is not directed toward the cause of the disadvantage. There must be a unity or interrelationship amongst the elements in the program which will prompt the court to conclude that the remedy in its form and implementation is rationally related to the cause of the disadvantage.

programme, de la loi ou de l’activité plutôt que sur son effet. De plus, les effets d’un programme qui est encore balbutiant ne sont pas toujours faciles à déterminer. La loi ou le programme peut être expérimental. Si la mesure en question a sincèrement pour objet de promouvoir l’égalité par l’amélioration de la situation d’un groupe défavorisé, le gouvernement devrait disposer d’une certaine latitude pour adopter des programmes innovateurs, même si certains parmi ceux-ci peuvent en définitive se révéler infructueux. Le gouvernement peut tirer des leçons de ces échecs et corriger des programmes de promotion de l’égalité afin de les rendre plus efficaces.

[48] Compte tenu du libellé de la disposition et de son objectif de permettre aux gouvernements de combattre de manière proactive la discrimination, nous estimons que l’approche fondée sur « l’objet » est plus indiquée que celle fondée sur « l’effet » : dans le cas où une loi, un programme ou une activité établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, l’objectif visé par le gouvernement en créant cette distinction était-il d’améliorer la situation d’un groupe défavorisé? En examinant l’objet, les tribunaux peuvent donc juger nécessaire de prendre en compte non seulement les déclarations des rédacteurs du programme, mais aussi la question de savoir si le législateur a choisi des moyens ayant un lien rationnel avec cet objet améliorateur, en ce sens qu’il semble tout au moins plausible que le programme peut effectivement favoriser la réalisation de l’objectif déclaré de supprimer un désavantage. La Cour du Banc de la Reine du Manitoba a indiqué qu’elle préconisait ce type d’analyse dans l’arrêt *Manitoba Rice Farmers Association*, par. 54 :

[TRADUCTION] Pour justifier un programme au regard du par. 15(2), j’estime qu’il doit y avoir un lien réel entre l’objet déclaré du programme gouvernemental et sa forme et sa mise en œuvre. Il ne suffit pas de déclarer qu’un programme a pour objet d’aider un groupe défavorisé si, en fait, la mesure amélioratrice ne s’attaque pas à la cause du désavantage. Il doit y avoir identité ou corrélation des éléments du programme qui inciteront le tribunal à conclure que, sur les plans de sa forme et de sa mise en œuvre, la mesure a un lien rationnel avec la cause du désavantage.

[49] Analysing the means employed by the government can easily turn into assessing the *effect* of the program. As a result, to preserve an intent-based analysis, courts could be encouraged to frame the analysis as follows: Was it rational for the state to conclude that the means chosen to reach its ameliorative goal would contribute to that purpose? For the distinction to be rational, there must be a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group. Such a standard permits significant deference to the legislature but allows judicial review where a program nominally seeks to serve the disadvantaged but in practice serves other non-remedial objectives.

[50] The next issue is whether the program's ameliorative purpose needs to be its exclusive objective. Programs frequently serve more than one purpose or attempt to meet more than one goal. Must the ameliorative object be the sole object, or may it be one of several?

[51] We can find little justification for requiring the ameliorative purpose to be the sole object of a program. It seems unlikely that a single purpose will motivate any particular program; any number of goals are likely to be subsumed within a single scheme. To prevent such programs from earning s. 15(2) protection on the grounds that they contain other objectives seems to undermine the goal of s. 15(2).

[52] The importance of the ameliorative purpose within the scheme may help determine the *scope* of s. 15(2) protection, however. Consider that an ameliorative program may coexist with or interact with a larger legislative scheme. If only the program has an ameliorative purpose, does s. 15(2) extend to protect the wider legislative scheme? We offer as a tentative guide that s. 15(2) precludes from s. 15(1) review distinctions made on enumerated or analogous grounds that serve and are necessary to the ameliorative purpose.

[49] L'analyse des moyens utilisés par le gouvernement peut facilement devenir une appréciation de l'*effet* du programme. Par conséquent, pour maintenir une analyse fondée sur l'intention, les tribunaux pourraient être incités à procéder à l'analyse en se posant la question suivante : Était-il raisonnable que l'État conclue que les moyens choisis pour réaliser son objectif améliorateur permettraient d'atteindre cet objectif? Pour que la distinction soit raisonnable, il doit y avoir une corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible. Un tel critère permet au législateur de bénéficier d'une grande déférence, mais il permet aussi de procéder à un contrôle judiciaire dans le cas où un programme est théoriquement destiné à aider une population défavorisée, alors qu'en pratique il répond à d'autres objectifs non réparateurs.

[50] La prochaine question est de savoir s'il est nécessaire que l'objet améliorateur soit le seul objectif du programme. Il arrive souvent que des programmes aient plus d'un objet ou tendent à la réalisation de plus d'un objectif. L'objet améliorateur doit-il être le seul objectif visé ou peut-il constituer un objectif parmi d'autres?

[51] Selon nous, il est difficilement justifiable d'exiger que l'objet améliorateur soit le seul objectif d'un programme. Il semble improbable qu'un programme soit motivé par un seul objectif; un programme peut comporter de nombreux objectifs. Empêcher que ces programmes bénéficient de la protection du par. 15(2) pour le motif qu'ils visent d'autres objectifs semble contrecarrer le but du par. 15(2).

[52] Toutefois, l'importance que l'objet améliorateur revêt dans le programme peut aider à déterminer la *portée* de la protection assurée par le par. 15(2). Supposons qu'un programme améliorateur puisse coexister ou interagir avec un programme législatif général. Si seul ce programme a un objet améliorateur, le par. 15(2) s'applique-t-il pour protéger le programme législatif général? Pour l'instant, on peut dire que le par. 15(2) soustrait à un examen fondé sur le par. 15(1) les distinctions fondées sur un motif énuméré ou analogue qui tendent et sont nécessaires à la réalisation de l'objet améliorateur.

(b) “Amelioration”

[53] Section 15(2) protects programs that aim to “ameliorate” the condition of disadvantaged groups identified by the enumerated or analogous grounds. Although the word does not at first seem liable to misunderstanding, courts have previously understood the term (and s. 15(2)) to apply in surprising circumstances. In *R. v. Music Explosion Ltd.* (1989), 62 Man. R. (2d) 189, the Manitoba Court of Queen’s Bench upheld a Winnipeg bylaw that restricted young people under 16 from operating an amusement device without the consent of a guardian or a parent on the grounds that it was protected by s. 15(2). Smith J. declared that the bylaw “is obviously for the benefit of the special needs of young persons” (para. 21). On appeal, the decision was reversed. The Court of Appeal explained: “[T]his legislation does not confer special benefits upon young people, but rather imposes a limitation. Nor is the purpose of the legislation the amelioration of their condition” ((1990), 68 Man. R. (2d) 203, at para. 18). Courts have also used s. 15(2) to uphold provisions of the *Criminal Code* (*Re Rebic and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 196 (B.C.S.C.), aff’d (1986), 28 C.C.C. (3d) 154 (B.C.C.A.)) and of the *Young Offenders Act* (*Re M and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 116 (Man. Q.B.)).

[54] These precedents suggest that the meaning of “amelioration” deserves careful attention in evaluating programs under s. 15(2). We would suggest that laws designed to restrict or punish behaviour would not qualify for s. 15(2) protection. Nor, as already discussed, should the focus be on the effect of the law. This said, the fact that a law has no plausible or predictable ameliorative effect may render suspect the state’s ameliorative purpose. Governments, as discussed above, are not permitted to protect discriminatory programs on colourable pretexts.

b) « améliorer »

[53] Le paragraphe 15(2) protège les programmes destinés à « améliorer » la situation des groupes défavorisés caractérisés par les motifs énumérés ou analogues. Bien qu’à prime abord ce mot ne semble pas prêter à confusion, les tribunaux ont déjà considéré qu’il (de même que le par. 15(2)) s’appliquait dans des circonstances étonnantes. Dans la décision *R. c. Music Explosion Ltd.* (1989), 62 Man. R. (2d) 189, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a confirmé la validité d’un règlement de la ville de Winnipeg qui interdisait aux jeunes personnes âgées de moins de 16 ans d’utiliser des appareils de divertissement sans le consentement d’un tuteur ou de leur père ou de leur mère pour le motif que ce règlement était protégé par le par. 15(2). Le juge Smith a déclaré que le règlement [TRADUCTION] « vise clairement à répondre aux besoins particuliers des jeunes » (para. 21). Cette décision a été infirmée en appel. La Cour d’appel a donné l’explication suivante : [TRADUCTION] « [C]ette mesure législative n’accorde aucun avantage particulier aux jeunes, mais elle leur impose plutôt une restriction. Elle n’a pas non plus pour objectif d’améliorer leur situation » ((1990), 68 Man. R. (2d) 203, par. 18). Les tribunaux ont également utilisé le par. 15(2) pour confirmer la validité de certaines dispositions du *Code criminel* (*Re Rebic and The Queen* (1985), 20 C.C.C. (3d) 196 (C.S.C.-B.), conf. par (1986), 28 C.C.C. (3d) 154 (C.A.C.-B.)) et de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (*Re M and The Queen* (1985), 21 C.C.C. (3d) 116 (B.R. Man.)).

[54] Cette jurisprudence indique que le sens du mot « améliorer » mérite d’être examiné attentivement lors de l’évaluation de programmes au regard du par. 15(2). Selon nous, les lois destinées à limiter ou à punir un comportement ne doivent pas bénéficier de la protection du par. 15(2). De même, comme nous l’avons vu, l’accent ne doit pas être mis sur l’effet de la loi. Cela dit, le fait qu’une loi n’ait aucun effet améliorateur plausible ou prévisible risque de rendre douteux l’objet améliorateur visé par l’État. Les gouvernements, nous le répétons, ne peuvent pas, sous des prétextes fallacieux, protéger des programmes discriminatoires.

(c) “Disadvantaged”

[55] The interpretation of “disadvantaged”, explored in *Andrews, Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, and *Law*, and other cases in the context of s. 15(1), requires little further elaboration here. “Disadvantage” under s. 15 connotes vulnerability, prejudice and negative social characterization. Section 15(2)’s purpose is to protect government programs targeting the conditions of a specific and identifiable disadvantaged group, as contrasted with broad societal legislation, such as social assistance programs. Not all members of the group need to be disadvantaged, as long as the group as a whole has experienced discrimination.

3. *Application of Section 15(2) to This Case*

[56] The appellants have argued they were denied a benefit on the basis of race, a ground enumerated in s. 15 of the *Charter*. As discussed above, once the appellants have demonstrated such a distinction, the government may attempt to show the program is protected under s. 15(2). The government conferred the communal fishing licence valid for August 19-20 to particular aboriginal bands. Therefore, we are satisfied that the appellants have demonstrated a distinction imposed on the basis of race, an enumerated ground under s. 15.

[57] We have earlier suggested that a distinction based on the enumerated or analogous grounds in a government program will not constitute discrimination under s. 15 if, under s. 15(2), (1) the program has an ameliorative or remedial purpose; and (2) the program targets a disadvantaged group identified by the enumerated or analogous grounds. The question is whether the program at issue on this appeal meets these conditions.

[58] The first issue is whether the program that excluded Mr. Kapp and other non-band fishers from the fishery had an ameliorative or remedial purpose. The Crown describes numerous objectives for the impugned pilot sales program. These

c) « défavorisés »

[55] Il n’est pas nécessaire en l’espèce de clarifier beaucoup plus l’interprétation du mot « défavorisés » qui a été donnée dans les arrêts *Andrews, Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, et *Law*, et dans d’autres cas dans le contexte du par. 15(1). Le « désavantage » aux fins d’application de l’art. 15 dénote la vulnérabilité, un préjugé et une image négative dans la société. Le paragraphe 15(2) a pour objet de protéger les programmes gouvernementaux axés sur la situation d’un groupe défavorisé précis et identifiable, par opposition aux mesures législatives sociales générales, tels les programmes d’aide sociale. Il n’est pas nécessaire que les membres du groupe soient tous défavorisés, il suffit que l’ensemble du groupe soit victime de discrimination.

3. *Application du par. 15(2) à la présente affaire*

[56] Les appelants ont soutenu qu’ils avaient été privés d’un avantage en raison de leur race, un motif énuméré à l’art. 15 de la *Charte*. Comme nous l’avons vu, une fois que les appelants ont établi l’existence d’une telle distinction, le gouvernement peut tenter de démontrer que le programme est protégé par le par. 15(2). Le gouvernement a accordé le permis de pêche communautaire valide du 19 au 20 août à certaines bandes autochtones. Par conséquent, nous sommes convaincues que les appelants ont démontré l’existence d’une distinction fondée sur la race, un motif énuméré à l’art. 15.

[57] Nous avons déjà indiqué que la distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue qu’établit un programme gouvernemental n’est pas discriminatoire au sens de l’art. 15 si, au regard du par. 15(2), ce programme (1) a un objet améliorateur ou réparateur et (2) vise un groupe défavorisé caractérisé par un motif énuméré ou analogue. La question est de savoir si le programme en cause dans la présente affaire remplit ces conditions.

[58] La première question est de savoir si le programme qui a interdit à M. Kapp et à d’autres pêcheurs non membres des bandes de pêcher avait un objet améliorateur ou réparateur. La Couronne associe maints objectifs au programme pilote de

include negotiating solutions to aboriginal fishing rights claims, providing economic opportunities to native bands and supporting their progress towards self-sufficiency. The impugned fishing licence relates to all of these goals. The pilot sales program was part of an attempt — albeit a small part — to negotiate a solution to aboriginal fishing rights claims. The communal fishing licence provided economic opportunities, through sale or trade, to the bands. Through these endeavours, the government was pursuing the goal of promoting band self-sufficiency. In these ways, the government was hoping to redress the social and economic disadvantage of the targeted bands. The means chosen to achieve the purpose (special fishing privileges for aboriginal communities, constituting a benefit) are rationally related to serving that purpose. It follows that the Crown has established a credible ameliorative purpose for the program.

[59] The government's aims correlate to the actual economic and social disadvantage suffered by members of the three aboriginal bands. The disadvantage of aboriginal people is indisputable. In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, the Court noted “the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples” (para. 66). The Court has also acknowledged that “Aboriginal peoples experience high rates of unemployment and poverty, and face serious disadvantages in the areas of education, health and housing” (*Lovelace*, at para. 69). More particularly, the evidence shows in this case that the bands granted the benefit were in fact disadvantaged in terms of income, education and a host of other measures. This disadvantage, rooted in history, continues to this day. The communal fishing licence, by addressing long-term goals of self-sufficiency and, more immediately, by providing additional sources of income and employment, relates to the social and economic disadvantage suffered by the bands. The fact that some individual members of the bands may not experience personal

vente contesté. Ce programme vise notamment à parvenir à des solutions négociées relativement aux revendications de droits de pêche des peuples autochtones et à donner des possibilités de développement économique aux bandes autochtones afin de favoriser leur accession à l'autosuffisance. Le permis de pêche contesté est lié à tous ces objectifs. Le programme pilote de vente faisait partie — ne serait-ce que dans une faible mesure — d'une tentative de parvenir à une solution négociée relativement aux revendications de droits de pêche des peuples autochtones. Il donnait aux bandes des possibilités de développement économique grâce à la vente ou au commerce. Ces démarches du gouvernement visaient à favoriser l'accession des bandes à l'autosuffisance. Le gouvernement espérait, de cette façon, remédier au désavantage social et économique dont étaient victimes les bandes visées. Les moyens choisis pour réaliser cet objectif (l'attribution aux collectivités autochtones de privilèges spéciaux en matière de pêche qui constituent un avantage) ont un lien rationnel avec la poursuite de cet objectif. Il s'ensuit que la Couronne a prouvé que le programme avait un objet améliorateur crédible.

[59] Les objectifs du gouvernement sont en corrélation avec le désavantage économique et social dont sont réellement victimes les membres de trois bandes autochtones. Il est incontestable que les peuples autochtones sont défavorisés. Dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour a mentionné « l'héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones » (par. 66). La Cour a également reconnu que « [l]es peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et [qu']ils font face à d'importants désavantages dans les domaines de l'éducation, de la santé et du logement » (*Lovelace*, par. 69). Plus particulièrement, la preuve démontre en l'espèce que les bandes qui se sont vu accorder l'avantage en question étaient effectivement défavorisées sur les plans du revenu et de l'éducation, et à maints autres égards. Ce désavantage historique perdure de nos jours. Étant donné qu'il vise des objectifs d'autosuffisance à long terme et qu'à plus court terme il offre des sources de revenu et des possibilités d'emploi additionnelles, le permis de pêche communautaire

disadvantage does not negate the group disadvantage suffered by band members.

[60] Mr. Kapp suggests that the focus must be on the particular forms of disadvantage suffered by the bands who received the benefit, and argues that this program did not offer a benefit that effectively tackled the problems faced by these bands. As discussed above, what is required is a correlation between the program and the disadvantage suffered by the target group. If the target group is socially and economically disadvantaged, as is the case here, and the program may rationally address that disadvantage, then the necessary correspondence is established.

[61] We conclude that the government program here at issue is protected by s. 15(2) as a program that “has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”. It follows that the program does not violate the equality guarantee of s. 15 of the *Charter*.

#### 4. *Section 25 of the Charter*

[62] Having concluded that a breach of s. 15 is not established, it is unnecessary to consider whether s. 25 of the *Charter* would bar the appellants' claim. However, we wish to signal our concerns with aspects of the reasoning of Bastarache J. and of Kirkpatrick J.A., both of whom would have dismissed the appeal solely on the basis of s. 25.

[63] An initial concern is whether the communal fishing licence at issue in this case lies within s. 25's compass. In our view, the wording of s. 25 and the examples given therein — aboriginal rights, treaty rights, and “other rights or freedoms”, such as rights derived from the *Royal Proclamation* or from land claims agreements — suggest that not

est lié au désavantage social et économique dont sont victimes les bandes. Le fait que certains membres des bandes ne soient pas nécessairement personnellement défavorisés n'annule pas le désavantage dont sont collectivement victimes les membres de ces bandes.

[60] Monsieur Kapp affirme qu'il faut mettre l'accent sur les formes de désavantage dont étaient victimes les bandes à qui l'avantage a été accordé, et il fait valoir que le programme en question n'a procuré aucun avantage répondant concrètement aux problèmes particuliers auxquels ces bandes faisaient face. Comme nous l'avons vu, il doit y avoir corrélation entre le programme et le désavantage dont est victime le groupe cible. Si le groupe cible est socialement et économiquement défavorisé, comme c'est le cas en l'espèce, et que le programme peut raisonnablement remédier à cette situation, l'existence de la correspondance nécessaire est alors établie.

[61] Nous concluons que le programme gouvernemental en cause dans la présente affaire est protégé par le par. 15(2) en tant que programme « destin[é] à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés ». Il s'ensuit que le programme ne porte pas atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*.

#### 4. *L'article 25 de la Charte*

[62] Après avoir conclu que l'existence d'une violation de l'art. 15 n'est pas établie, il n'est pas nécessaire de se demander si l'art. 25 de la *Charte* ferait obstacle à la demande des appelants. Toutefois, nous tenons à faire part des questions que nous nous posons au sujet de certains aspects du raisonnement du juge Bastarache et de la juge Kirkpatrick de la Cour d'appel qui auraient rejeté l'appel sur le seul fondement de l'art. 25.

[63] La première question est de savoir si le permis de pêche communautaire dont il est question en l'espèce tombe sous le coup de l'art. 25. Selon nous, le libellé de l'art. 25 et les exemples qu'on y trouve — droits ancestraux, droits issus de traités et autres « droits ou libertés », tels les droits émanant de la *Proclamation royale* ou d'accords sur

every aboriginal interest or program falls within the provision's scope. Rather, only rights of a constitutional character are likely to benefit from s. 25. If so, we would question, without deciding, whether the fishing licence is a s. 25 right or freedom.

[64] A second concern is whether, even if the fishing licence does fall under s. 25, the result would constitute an absolute bar to the appellants' s. 15 claim, as distinguished from an interpretive provision informing the construction of potentially conflicting *Charter* rights.

[65] These issues raise complex questions of the utmost importance to the peaceful reconciliation of aboriginal entitlements with the interests of all Canadians. In our view, prudence suggests that these issues are best left for resolution on a case-by-case basis as they arise before the Court.

#### D. Conclusion

[66] We would dismiss the appeal on the ground that breach of the s. 15 equality guarantee has not been established.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. —

##### 1. Introduction

[67] The Minister of Fisheries and Oceans has the task of managing the salmon fishery on the Fraser River. In an effort to enhance the management of this fishery and address a number of issues besetting the fishery, he developed the Aboriginal Fisheries Strategy, a component of which in turn is the pilot sales program. Under this program, the Minister exercised his discretion under the *Fisheries Act*,

des revendications territoriales — indiquent que les droits des Autochtones ou les programmes destinés à ceux-ci ne sont pas tous visés par cette disposition. Au contraire, seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles de bénéficier de la protection de l'art. 25. Si c'est le cas, nous nous demandons alors, sans pour autant trancher la question, si le permis de pêche constitue un droit ou une liberté visé par l'art. 25.

[64] Même dans l'hypothèse où le permis de pêche relèverait effectivement de l'art. 25, la deuxième question est de savoir si la demande des appelants fondée sur l'art. 15 serait totalement irrecevable, contrairement à ce qui se produirait dans le cas d'une disposition servant à interpréter des droits garantis par la *Charte* qui sont susceptibles d'entrer en conflit.

[65] Ces questions soulèvent des considérations complexes extrêmement importantes pour que les droits des Autochtones puissent être conciliés de manière pacifique avec les intérêts de tous les Canadiens. Nous estimons qu'il serait plus prudent de laisser à la Cour le soin de trancher ces questions au fur et à mesure qu'elles seront soulevées dans des cas particuliers.

#### D. Conclusion

[66] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que l'existence d'une atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 n'a pas été établie.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

##### 1. Introduction

[67] Le ministre des Pêches et des Océans est chargé de gérer la pêche du saumon sur le fleuve Fraser. Dans le but d'améliorer la gestion de cette pêche et de régler plusieurs problèmes qui accablent la pêche, il a élaboré la Stratégie relative aux pêches autochtones, dont un volet est le programme pilote de vente. Dans le cadre de ce programme, le ministre a exercé les pouvoirs discrétionnaires que

R.S.C. 1985, c. F-14, and the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332.

[68] On August 19, 1998, the Minister issued a licence to the Musqueam, Burrard and Tsawwassen First Nations, permitting them to fish for a period of 24 hours in exclusivity, and to sell their catch. The appellants, who are all commercial fishers, mounted a “protest fishery” during the aboriginal fishery and were charged for fishing during a time when the fishery was closed to them. At their subsequent trial, the appellants did not challenge the law under which they were charged, but asserted that the trial proceedings should be stayed as their rights to equality under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. They argue that their right to participate as equals in the public commercial fishery has been breached on the basis of a race-based distinction and that any race-based distinction affects the dignity of the persons subject to discrimination.

[69] The respondent Minister argues that the appellants were not denied any benefit of the law, as they were provided opportunities to fish and, indeed, caught significant quantities of salmon. Moreover, providing aboriginal communities, which have historically been disadvantaged, with access to commercial salmon fishing does not demean the dignity of commercial salmon fishers by treating them as less worthy and valued members of Canadian society. The respondent Minister stated that the policy under the Aboriginal Fisheries Strategy was to provide opportunities to fish for food, and for social and ceremonial purposes, and in some cases pilot sales, to aboriginal communities having historical use and occupancy of an area. He explained that approximately 70 fisheries agreements were negotiated annually with aboriginal groups throughout the province. Under these agreements, the groups received communal licences authorizing fishing in accordance with the fisheries agreements. The position of the respondent is that the members of the claimant group, which consists of individuals, cannot properly compare themselves to aboriginal

lui confèrent la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, et le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332.

[68] Le 19 août 1998, le ministre a délivré aux Premières nations Musqueam, Burrard et Tsawwassen un permis les autorisant à pêcher en exclusivité pendant une période de 24 heures et à vendre leurs prises. Les appelants, qui sont tous des pêcheurs commerciaux, ont organisé une « pêche de protestation » durant la pêche autochtone et ont été accusés d’avoir pêché à un moment où la pêche leur était interdite. Lors de leur procès, les appelants n’ont pas contesté la loi en vertu de laquelle ils étaient accusés, mais ils ont soutenu que l’instance devait être suspendue en raison de la violation de leurs droits à l’égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils font valoir qu’il y a eu une atteinte, en raison d’une distinction fondée sur la race, à leur droit de prendre part sur un pied d’égalité à la pêche commerciale publique, et que toute distinction fondée sur la race porte atteinte à la dignité des personnes faisant l’objet de la discrimination.

[69] Le ministre intimé soutient que les appelants ne se sont vu dénier aucun bénéfice de la loi puisqu’on leur a donné la possibilité de pêcher et qu’ils ont du reste capturé des quantités importantes de saumon. En outre, le fait de donner accès à la pêche commerciale du saumon à des collectivités autochtones qui ont historiquement été défavorisées ne porte pas atteinte à la dignité des pêcheurs de saumon commerciaux au sens où ils seraient traités comme des citoyens canadiens moins dignes et de moindre valeur. Le ministre intimé a déclaré que la politique établie dans le cadre de la Stratégie relative aux pêches autochtones consistait à offrir à des collectivités autochtones ayant historiquement occupé et utilisé un territoire des possibilités de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles, et dans certains cas de participer à un programme pilote de vente. Il a expliqué qu’environ 70 ententes sur les pêches étaient négociées chaque année avec des groupes autochtones partout dans la province. En vertu de ces ententes, des permis communautaires délivrés aux groupes les autorisent à pratiquer la pêche selon les conditions qui y sont



communities, the recipients of the benefit in question. The appellants respond that membership in a band does not constitute a valid proxy in any circumstance that is functionally relevant to the regulation of the public fishery. The appellants add that any cultural significance to fishery activity is dealt with by the doctrine of aboriginal rights and the protection of such rights by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[70] With regard to the communal aspect of the fishery, the trial judge, Kitchen Prov. Ct. J., had this to say: “The Department labels the fishery ‘communal’, but the individuals designated by the bands to participate are completely on their own and keep all profits for themselves. . . . [T]he pilot sales fishery provides financial assistance to only the individual members of the bands, not the bands generally . . . It is not a communal fishery. . . . [B]and members who were most successful in the pilot sales fishery were those who were also commercial fishers and operated fully equipped commercial fishing vessels” ([2003] 4 C.N.L.R. 238, 2003 BCPC 279, at paras. 200, 211 and 214).

[71] The pilot sales program was not related to the specific aboriginal right to fish for food found in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Rather, according to the respondent, it was designed to reach negotiated solutions to claims for aboriginal commercial fishing rights and to provide economic opportunities to native bands, to support their progress towards self-sufficiency. Minister Crosbie, the Minister of Fisheries and Oceans at the time, explained that unauthorized sale of aboriginal food fish was creating a management problem. He explained that, rather than litigating the issue, the Department sought to reach an agreement with aboriginal groups as to how much fish they could take and sell and to allow the Department to regulate how the fish would be sold. James Matkin, speaking for the

prescrites. Pour l’intimé, les membres du groupe de demandeurs, tous des particuliers, ne peuvent pas à juste titre se comparer aux collectivités autochtones qui reçoivent le bénéfice en question. Les appelants répliquent que l’appartenance à une bande ne constitue pas une justification valable dans toute situation fonctionnellement pertinente à la réglementation des pêches publiques. Ils ajoutent que toute éventuelle importance culturelle de l’activité de pêche est régie par la doctrine des droits des peuples autochtones et que la protection de ces droits est garantie à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[70] En ce qui concerne l’aspect communautaire de la pêche, le juge de première instance, le juge Kitchen de la Cour provinciale, a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Le ministère qualifie la pêche de “communautaire”, mais les individus désignés par les bandes pour y participer ont une liberté totale et ils conservent tous les bénéfices pour eux-mêmes. [ . . . ] [L]a pêche pratiquée dans le cadre du programme pilote de vente fournit une assistance financière uniquement aux membres individuels des bandes, pas aux bandes en général. [ . . . ] Il ne s’agit pas d’une pêche communautaire. [ . . . ] [L]es membres de bandes qui réussissent le mieux dans le cadre du programme pilote de vente sont ceux qui étaient également des pêcheurs commerciaux et qui exploitaient des bateaux de pêche commerciale munis de tout l’équipement nécessaire » ([2003] 4 C.N.L.R. 238, 2003 BCPC 279, par. 200, 211 et 214).

[71] Le programme pilote de vente n’avait aucun lien avec le droit spécifique des peuples autochtones de pratiquer la pêche à des fins alimentaires dont il était question dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Il visait plutôt, selon l’intimé, à parvenir à des solutions négociées relativement aux revendications de droits de pêche commerciale des peuples autochtones et à donner des possibilités de développement économique aux bandes autochtones afin de favoriser leur accession à l’autosuffisance. Le ministre Crosbie, le ministre des Pêches et des Océans à l’époque, a expliqué que la vente non autorisée de produits de la pêche vivrière autochtone créait un problème de gestion. Il a expliqué que, plutôt que de soumettre le problème aux tribunaux, le ministre avait tenté de s’entendre avec des groupes

Department of Fisheries, explained that the pilot sales are justified as an exercise in policy making of the Minister's authority under the *Fisheries Act* and that they are designated to follow the court's direction to negotiate rather than to litigate.

[72] With regard to the rationale for the pilot project, Kitchen Prov. Ct. J. had this to say:

It is difficult to discern the real purpose of the pilot sales fishery. . . . Fisheries Minister John Crosbie gave control of poaching as the reason for the program. . . .

. . . he also mentioned that the program was to be an experiment. This is a second justification given for the program. . . .

This literature also asserts that the *Sparrow Case* requires that this type of opportunity be afforded to Aboriginals. This is clearly not the situation. . . .

. . . Department literature also mentions the fiduciary duty society has to the Aboriginal community and how this has prompted the Department to move ahead of caselaw . . . .

. . . .

Most significantly, the Department of Fisheries and Oceans have given economic development and an ameliorative purpose as the reason for pilot sales program. But there is a real suspicion that this is an *ex post facto* justification; . . .

. . . .

Even if financial disadvantage were an issue there was no economic study or assessment done prior to or during the pilot sales fishery concerning the economic need of the bands and the financial rewards the fishery would produce. . . .

. . . .

. . . Several reasons have been proffered at various times. There has been no consistent rationale for the program. [paras. 186-89, 191, 199 and 210]

autochtones sur la quantité de poisson qu'ils pouvaient capturer et vendre, et de permettre au ministère de réglementer la façon dont le poisson serait vendu. James Matkin, le porte-parole du ministère des Pêches, a expliqué que le programme pilote de vente est justifié au titre de l'exercice, sous la forme d'élaboration de politiques, des pouvoirs conférés au ministre par la *Loi sur les pêches* et qu'il répond à l'orientation donnée par la Cour suivant laquelle il faut privilégier la négociation par rapport au recours judiciaire.

[72] Le juge de première instance a fait observer ce qui suit au sujet du fondement du projet pilote :

[TRADUCTION] Il est difficile de discerner le véritable objectif du programme pilote de vente. [ . . . ] Le ministre des Pêches John Crosbie a indiqué que la répression du braconnage était la raison sur laquelle reposait le programme. . . .

. . . il a également mentionné que le programme devait constituer une expérience. Voilà une seconde justification donnée à l'égard du programme. . . .

Ces textes affirment en outre que l'arrêt *Sparrow* exige qu'on donne aux Autochtones de telles occasions. Tel n'est manifestement pas le cas . . . .

. . . Les publications du ministère font également état de l'obligation fiduciaire de la société envers la collectivité autochtone et expliquent que cela a incité le ministère à devancer la jurisprudence . . . .

. . . .

Surtout, le ministère des Pêches et des Océans a cité le développement économique et un objectif améliorateur comme raison d'être du programme pilote de vente. Mais il est permis de penser qu'il s'agit là d'une justification *ex post facto*; . . .

. . . .

Même si l'existence d'un désavantage financier entrainait en ligne de compte, aucune étude ou évaluation économique n'a été effectuée avant ou durant le programme pilote de vente au sujet des besoins économiques des bandes et des bénéfices financiers que la pêche procurerait. . . .

. . . .

. . . Diverses raisons ont été présentées à divers moments. On n'a donné aucun fondement cohérent au programme. [par. 186-189, 191, 199 et 210]

[73] The important point to be made here is that the respondent's position is that the Aboriginal Fisheries Strategy and the pilot sales program were primarily aimed at management of the fishery and did not have as their primary object the amelioration of conditions of disadvantaged groups or individuals. The respondent therefore does not rely on s. 15(2) of the *Charter*. He states that s. 15(2) is an interpretative provision and that given this Court's established lines of authority on the proper approach to analysis of the equality claims under s. 15(1), the ameliorative purpose or effect of a program can readily be taken into account under s. 15(1).

[74] Kitchen Prov. Ct. J. held that the pilot sales program violated s. 15(1) and was not saved by s. 1 of the *Charter*. The summary conviction appeal judge, Brenner C.J.S.C., allowed the appeal on the basis that the trial judge had identified the claimant and comparator groups too narrowly, that he had failed to properly consider the pre-existing disadvantage of the aboriginal communities that comprise the comparator group, and that he did not give sufficient weight to the fact that the pilot sales program did not have a significant impact on the claimant group ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, 2004 BCSC 958). He concluded that the pilot sales program corresponds to the needs, capacity and circumstances of the aboriginal communities and that it is also consistent with the needs, capacity and circumstances of the rest of Canadian society. Although the issue was not dealt with substantially at trial, Brenner C.J.S.C. permitted a number of interveners to argue that s. 25 of the *Charter* applied in this case. He eventually concluded that it did not. The application of s. 25 was fully argued by all parties and most interveners in the Court of Appeal and in this Court.

[75] The five members of the panel in the Court of Appeal of British Columbia were unanimous in dismissing the appeal, but for different reasons

[73] Ce qu'il importe ici de souligner, c'est que selon l'intimé, la Stratégie relative aux pêches autochtones et le programme pilote de vente visaient principalement la gestion de la pêche et n'avaient pas pour principal objectif l'amélioration de la condition de groupes ou d'individus défavorisés. L'intimé ne s'appuie pas, par conséquent, sur le par. 15(2) de la *Charte*. Il déclare que le par. 15(2) est une disposition interprétative et que, étant donné les indications données par notre Cour quant à la façon dont devraient être analysées les revendications d'égalité fondées sur le par. 15(1), l'objectif ou l'effet améliorateur d'un programme peut aisément être pris en considération dans le cadre du par. 15(1).

[74] Le juge Kitchen de la Cour provinciale est arrivé à la conclusion que le programme pilote de vente violait le par. 15(1) et sa validité ne pouvait être sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a accueilli l'appel au motif que le juge de première instance avait défini trop étroitement le groupe de demandeurs et le groupe de comparaison, qu'il n'avait pas adéquatement tenu compte du désavantage préexistant des communautés autochtones qui forment le groupe de comparaison, et qu'il n'avait pas accordé suffisamment de poids au fait que le programme pilote de vente n'avait pas une incidence importante pour le groupe de demandeurs ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 258, 2004 BCSC 958). Il a conclu que le programme pilote de vente correspond aux besoins, à la capacité et à la situation des collectivités autochtones et qu'il cadre également avec les besoins, la capacité et la situation du reste de la société canadienne. Même si la question n'avait pas été abordée sur le fond lors du procès, le juge en chef Brenner a permis à certains intervenants de plaider que l'art. 25 de la *Charte* s'appliquait en l'espèce. Il a finalement conclu que cet article ne s'appliquait pas. Toutes les parties, et la plupart des intervenants, ont débattu à fond l'application de l'art. 25 devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

[75] Les cinq membres de la formation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont rejeté l'appel à l'unanimité, mais pour des motifs différents

((2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 2006 BCCA 277). Finch C.J.B.C. and Low and Levine J.J.A. held that the appellants had totally failed to establish that they had been denied a benefit and therefore failed to get past the first stage of the *Law* test (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497). They concluded that the aboriginal communal licence was simply part of a broader regulatory framework which provided for various user groups. The Minister in exercising his discretion did not deny the appellants a real benefit since they were provided other opportunities to fish under commercial licences. Mackenzie J.A. held that, assuming the appellants were successful in getting past the first two stages of the *Law* test, they had failed to establish that the communal licences had a discriminatory purpose or effect. Kirkpatrick J.A. held that the communal fishing licences granted were protected under s. 25 of the *Charter* as “another right or freedom that pertains to the aboriginal peoples of Canada”. She further held that s. 25 was triggered whenever the outcome of a *Charter* challenge might abrogate or derogate from aboriginal rights or freedoms. Since the appellants were seeking to eliminate the pilot sales program, s. 25 operated to bar their constitutional challenge under s. 15.

## 2. Analysis

[76] Like Kirkpatrick J.A., I am of the view that s. 25 of the *Charter* provides a complete answer to the question posed in this appeal. I will initially address the role and effect of s. 25, then outline the scope of the provision. Finally, I will propose an analytical approach to be followed when s. 25 is engaged and apply that approach to the present matter.

[77] There is no need for me to engage in a full analysis of the application of s. 15 of the *Charter*. It is sufficient for me to establish the existence of a potential conflict between the pilot sales program and s. 15. This said, I want to state clearly that I

((2006), 56 B.C.L.R. (4th) 11, 2006 BCCA 227). Le juge en chef Finch et les juges Low et Levine ont estimé que les appelants, ayant été totalement incapables d'établir avoir été privés d'un bénéfice, n'avaient donc pas réussi à franchir la première étape du critère formulé dans l'arrêt *Law* (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497). Ils ont conclu que le permis de pêche communautaire des Autochtones constituait un simple élément d'un cadre réglementaire plus large visant divers groupes d'utilisateurs. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le ministre n'avait pas refusé aux appelants un bénéfice réel puisqu'ils avaient d'autres occasions de pratiquer la pêche en vertu de permis commerciaux. Le juge Mackenzie a conclu que les appelants, à supposer qu'ils aient réussi à franchir les deux premières étapes du critère de l'arrêt *Law*, n'avaient pas fait la preuve que les permis communautaires avaient un objectif ou un effet discriminatoire. La juge Kirkpatrick a pour sa part conclu que les permis de pêche communautaires octroyés étaient protégés en vertu de l'art. 25 de la *Charte* en tant que « droits ou libertés [ . . . ] autres [ . . . ] des peuples autochtones du Canada ». Elle a ajouté que l'art. 25 entre en jeu chaque fois que l'issue d'une contestation fondée sur la *Charte* est susceptible de porter atteinte à des droits ou libertés des peuples autochtones. Comme les appelants s'efforçaient d'obtenir la suppression du programme pilote de vente, l'art. 25 faisait obstacle à leur contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 15.

## 2. Analyse

[76] Comme la juge Kirkpatrick, je suis d'avis que l'art. 25 de la *Charte* répond parfaitement à la question posée dans ce pourvoi. J'examinerai pour commencer le rôle et l'effet de l'art. 25, pour ensuite en déterminer la portée. Finalement, je proposerai et j'appliquerai à la présente affaire une méthode d'analyse à suivre dans les cas où l'art. 25 entre en jeu.

[77] Je n'ai pas à me lancer dans une analyse exhaustive de l'application de l'art. 15 de la *Charte*; il me suffira d'établir l'existence d'un conflit potentiel entre le programme pilote de vente et l'art. 15. Cela dit, je tiens à préciser mon adhésion totale à la

am in complete agreement with the restatement of the test for the application of s. 15 that is adopted by the Chief Justice and Abella J. in their reasons for judgment.

### 2.1 *Role and Effect of Section 25*

[78] The enactment of the *Charter* undoubtedly heralded a new era for individual rights in Canada. Nevertheless, the document also expressly recognizes rights more aptly described as collective or group rights. The manner in which collective rights can exist with the liberal paradigm otherwise established by the *Charter* remains a source of ongoing tension within the jurisprudence and the literature. This tension comes to a head in the aboriginal context in s. 25.

[79] Most authors believe that s. 25 is an interpretative provision and does not create new rights. B. H. Wildsmith outlines the two modes of interpretation most commonly posited:

Under one mode of interpreting section 25, the section admonishes the decision maker to construe the Charter right or freedom so as to give effect to it, if possible, without an adverse impact on section 25 rights or freedoms. If it is not possible to so construe the Charter right or freedom so as to avoid a negative impact on native rights, then the force of section 25 is spent. Effect is given to the Charter right or freedom despite the [negative] impact on native rights. Under the second mode of interpreting section 25, the conflict between Charter rights and section 25 rights, if irreconcilable, would be resolved by giving effect to the section 25 rights and freedoms. In short, native rights remain inviolable and unaffected by the rights or freedoms guaranteed by the Charter.

*(Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (1988), at pp. 10-11)*

[80] The first mode has been described in the literature as an interpretative prism or a mere canon of interpretation. The second method is most commonly referred to as a shield. Wildsmith provides

réaffirmation du critère adopté par la Juge en chef et la juge Abella, dans leurs motifs, à l'égard de l'application de l'art. 15.

### 2.1 *Rôle et effet de l'art. 25*

[78] La promulgation de la *Charte* a incontestablement marqué le début d'une ère nouvelle sur le plan des droits individuels au Canada. Il n'en demeure pas moins que ce document reconnaît expressément, aussi, des droits qu'il convient de qualifier de droits collectifs. La coexistence de droits collectifs avec le paradigme libéral par ailleurs institué par la *Charte* demeure une source de tension constante dans la jurisprudence et la doctrine. Cette tension atteint son paroxysme à l'art. 25 dans le contexte des droits des Autochtones.

[79] Pour la plupart des auteurs, l'art. 25 est une disposition interprétative qui ne crée pas de nouveaux droits. B. H. Wildsmith expose ainsi les deux modes d'interprétation les plus souvent proposés :

[TRADUCTION] Suivant l'un des modes d'interprétation de l'art. 25, cette disposition demande au décideur d'interpréter le droit ou la liberté garanti par la Charte de manière à lui donner effet, si la chose est possible, sans restreindre les droits ou libertés visés à l'art. 25. S'il n'est pas possible d'interpréter le droit ou la liberté garanti par la Charte de manière à éviter une incidence négative sur les droits des peuples autochtones, alors l'art. 25 se trouve dépourvu de conséquences. On donne effet au droit ou à la liberté garanti par la Charte malgré son incidence [négative] sur les droits des peuples autochtones. Suivant le deuxième mode d'interprétation de l'art. 25, si les droits garantis par la Charte et les droits décrits à l'art. 25 s'avèrent inconciliables, le conflit sera résolu en donnant effet aux droits et libertés visés à l'art. 25. En résumé, les droits des peuples autochtones demeurent inviolables et ne sont pas touchés par les droits ou libertés garantis par la Charte.

*(Aboriginal Peoples & Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (1988), p. 10-11)*

[80] Le premier mode a été décrit dans la doctrine comme un prisme interprétatif ou une simple norme d'interprétation. Le deuxième mode est le plus souvent présenté comme un bouclier. Wildsmith, pour

an example (at pp. 11-12) that is highly reminiscent of the present matter to demonstrate that there is a serious difficulty in finding that s. 25 is a mere canon of interpretation. If a provincial Act were to establish that “[n]o Indian shall hunt (or fish) except for his own personal consumption unless he has first obtained a licence”, and that no treaty or aboriginal right to this exemption existed, then a non-Indian hunter or fisherman would say that the statute violated s. 15(1) of the *Charter*. Indians would have a right to hunt or fish for personal consumption denied to others. The statutory right given to the Indians would be an “other righ[t] or freedo[m]” under s. 25. The court would then be forced to choose between vindicating the equality right or the right protected by s. 25. If the real effect of s. 25 is to protect native rights and freedoms from erosion based on the *Charter*, the conflict should be resolved by refusing to apply s. 15 in these circumstances.

[81] I agree that giving primacy to s. 25 is what was clearly intended. As will be seen, this is consistent with the wording and history of the provision. It is also consistent with the declarations of the then Deputy Minister of Justice, Roger Tassé, and with those of the Minister of Justice at the time of the 1983 amendment, Justice Minister Mark MacGuigan.

### 2.1.1 Interpretative Approach

[82] Our Court has given great importance to the need for purposeful interpretations. In *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 867, 2001 SCC 56, Iacobucci J. gives a detailed explanation of the rules of statutory interpretation, showing that one must first consider the wording of the Act, then the legislative history, the scheme of the Act, and the legislative context. Consequently, I will examine the manner in which s. 25 addresses the tension between individual and group rights with reference to all of the above.

[83] In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 82, this Court stated:

démontrer que la thèse selon laquelle l’art. 25 est une simple norme d’interprétation se heurte à une sérieuse difficulté, donne (aux p. 11-12) un exemple qui présente de grandes similitudes avec la présente affaire. Si une loi provinciale interdisait [TRADUCTION] « aux Indiens de chasser (ou de pêcher) autrement que pour leur consommation personnelle à moins d’avoir au préalable obtenu un permis » et qu’il n’existait à l’appui de cette exemption aucun droit ancestral ou issu d’un traité, un chasseur ou un pêcheur non indien pourrait faire valoir que la loi en question est contraire au par. 15(1) de la *Charte*. Les Indiens auraient un droit de chasse ou de pêche pour leur consommation personnelle qui est refusé aux autres. Le droit conféré aux Indiens par le texte législatif serait un des « droits ou libertés [. . .] autres » dont il est question à l’art. 25. Le tribunal serait alors forcé de faire prévaloir soit le droit à l’égalité, soit le droit protégé par l’art. 25. Si l’art. 25 a pour véritable effet de protéger les droits et libertés des peuples autochtones contre une érosion découlant de la *Charte*, il faudrait résoudre le conflit en refusant d’appliquer l’art. 15 dans un tel cas.

[81] J’estime moi aussi que l’intention était manifestement de donner la primauté à l’art. 25. Comme nous le verrons, cette interprétation s’accorde avec la formulation et l’historique de la disposition. Elle s’accorde également avec les déclarations du sous-ministre de la Justice à l’époque, Roger Tassé, et avec celles de Mark MacGuigan, le ministre de la Justice au moment de la modification de 1983.

### 2.1.1 Méthode d’interprétation

[82] Notre Cour a accordé une grande importance à la nécessité d’interpréter les lois en fonction de leur objet. Dans *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 867, 2001 CSC 56, le juge Iacobucci explique dans le détail les règles d’interprétation des lois. Il indique qu’il faut tout d’abord examiner le libellé de la loi, puis son historique, le régime qu’elle établit, et enfin le contexte législatif. C’est donc en me référant à tous ces éléments que j’étudierai la façon dont la tension entre droits individuels et droits collectifs est résolue à l’art. 25.

[83] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 82, la Cour a écrit :

“Consistent with this long tradition of respect for minorities, which is at least as old as Canada itself, the framers of the *Constitution Act, 1982* included in s. 35 explicit protection for existing aboriginal and treaty rights, and in s. 25, a non-derogation clause in favour of the rights of aboriginal peoples.” Clearly, this Court has held that a generous interpretation is mandated.

### 2.1.2 Textual and Structural Analysis

[84] First, let us consider the terms of s. 25:

**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.

**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 des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

[85] Here we have an Act that is clear in its French version and ambiguous in its English version. Other provisions of the *Charter* provide the statutory context for the interpretation of s. 25. Section 21 provides that nothing in ss. 16 to 20 “abrogates or derogates from any right, privilege or obligation with respect to the English and French languages”. Section 29 provides that nothing in the *Charter* “abrogates or derogates from any rights or privileges guaranteed by or under the Constitution

« Conformément à cette longue tradition de respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada lui-même, les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont ajouté à l’art. 35 des garanties expresses relatives aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des autochtones, et à l’art. 25 une clause de non-atteinte aux droits des peuples autochtones. » De toute évidence, la Cour a jugé qu’une interprétation généreuse s’impose.

### 2.1.2 Analyse textuelle et structurelle

[84] Examinons tout d’abord le libellé de l’art. 25 :

**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 des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

**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.

[85] Voilà un texte qui est clair dans sa version française et ambigu dans sa version anglaise. D’autres dispositions de la *Charte* indiquent le contexte législatif de l’interprétation de l’art. 25. L’article 21 précise que les art. 16 à 20 « n’ont pas pour effet, en ce qui a trait à la langue française ou anglaise ou à ces deux langues, de porter atteinte aux droits, privilèges ou obligations ». Aux termes de l’art. 29, les dispositions de la *Charte* « ne portent pas atteinte aux droits ou privilèges garantis

of Canada in respect of denominational, separate or dissentient schools”.

[86] Most authors have considered the use of the word “construed” as significant in s. 25. In my opinion, the word “construe” is very broad. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) defines the term as meaning “[t]o analyse or trace the grammatical construction of a sentence; to take its words in such an order as to show the meaning of the sentence” (p. 796). The term accordingly permits the understanding that in constructing and interpreting the scope of *Charter* rights, courts must ensure that they do not abrogate or derogate from an aboriginal right or freedom. As noted above, Wildsmith described the two competing approaches to s. 25 as differing modes of interpretation. I view the expression “shall not be construed” as ambiguous in terms of the effect of the provision.

[87] This said, I view the French version of s. 25 as being considerably more certain. The expression “*ne porte pas atteinte aux*” loosely translates to “without prejudice to” (J. Picotte, *Juridictionnaire: Recueil des difficultés et des ressources du français juridique* (1991), vol. I A, at p. 228) or “will not prejudicially affect” (*Ontario English-French Legal Lexicon* (1987), entry 224). It is also important to note that the French version of s. 25 uses the same terms as ss. 21 and 29 of the *Charter* and that those sections have already been interpreted by this Court. In *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, “*ne porte pas atteinte aux*” in s. 29 was read by this Court, in *obiter dicta*, as constituting a bar to competing rights. The rule of internal consistency would require that the same words used in the same *Charter* (especially in the same section, dealing with general provisions) be interpreted in the same way, militating against finding that the French version does not provide for the most consistent answer to the quest for a common meaning. See *R. v. Daoust*, [2004] 1 S.C.R. 217,

en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles ».

[86] La plupart des auteurs jugent importante la présence du mot « *construed* » dans le texte anglais de l’art. 25. À mon avis, le mot « *construe* » a un sens très large. Le dictionnaire *Oxford English Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 1989) en donne la définition suivante : [TRADUCTION] « analyser ou trouver la construction grammaticale d’une phrase; indiquer par l’ordre des mots le sens de la phrase » (p. 796). La présence de ce terme autorise donc à considérer que, lorsqu’ils interprètent la portée de droits garantis par la *Charte*, les tribunaux doivent s’assurer que ces droits ne portent pas atteinte à un droit ou à une liberté des peuples autochtones. Comme je l’ai signalé, Wildsmith a décrit les deux approches qui s’affrontent à propos de l’art. 25 comme des modes d’interprétation opposés. J’estime que l’expression « *shall not be construed* » est ambiguë en ce qui a trait à l’effet de la disposition.

[87] Ceci étant dit, je suis d’avis que le texte français de l’art. 25 est beaucoup plus certain. L’expression « *ne porte pas atteinte aux* » pourrait être rendue approximativement par « *without prejudice to* » (J. Picotte, *Juridictionnaire: Recueil des difficultés et des ressources du français juridique* (1991), t. I A, p. 228) ou par « *will not prejudicially affect* » (*Lexique anglais-français du droit en Ontario* (1987), entrée 224). Il importe par ailleurs de souligner qu’on trouve dans le texte français de l’art. 25 les mêmes termes que dans les art. 21 et 29 de la *Charte*, qui ont déjà été interprétés par la Cour. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, la Cour a estimé, dans des remarques incidentes, que les mots « *ne porte pas atteinte aux* » figurant à l’art. 29 faisaient obstacle à des droits inconciliables. La règle de la cohérence interne exigerait que les mêmes mots utilisés dans la même *Charte* (surtout dans la même section, formée de dispositions générales) soient interprétés de la même manière, ce qui s’opposerait à la conclusion suivant laquelle le texte français ne fournit pas la réponse la



2004 SCC 6; see also *Reference re Bill 30 and Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609.

[88] In any case, like Wildsmith, I do not believe that the difference in wording is decisive. First, s. 25 is very different from s. 27, which is the only general provision in the *Charter* that has been clearly identified as a simple interpretative clause. Second, it creates a priority, which is inconsistent with the idea of weighing one right against another. This Court has considered a similar provision in the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, s. 2, which reads: “Every law of Canada shall, . . . be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe . . . any of the rights or freedoms herein recognized . . .”. In *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, Ritchie J. said that a more realistic meaning had to be given to the operative words, meaning that if a law cannot be “sensibly construed and applied” (p. 294) without infringing the right, it must be declared inoperative. This was affirmed in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349. There is no substantial difference in the present case.

[89] It could be argued that to interpret s. 25 as a shield would not be in keeping with the flexible, non-hierarchical approach to *Charter* rights that this Court has espoused. It is certainly true that this Court has in the past acknowledged the difficulty in reconciling rights that often seem to be operating in opposition to each other, particularly in the context of equality claims. Nevertheless, where collective rights are clearly prioritized in terms of protection (as I believe is the case here), individual equality rights have typically given way. In *Reference re Bill 30*, Wilson J. stated at p. 1197, that although the special minority religion education rights conferred by s. 93 of the *Constitution Act, 1867* “si[t] uncomfortably with the concept of equality embodied in the *Charter*”, s. 15 can be used neither to nullify the specific rights of the protected group nor to extend those rights to other religious groups. It is also instructive to read the reasons of former Chief

plus cohérente pour la recherche d’une signification commune. Voir *R. c. Daoust*, [2004] 1 R.C.S. 217, 2004 CSC 6; voir aussi *Renvoi relatif au projet de loi 30* et *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

[88] Quoi qu’il en soit, j’estime, comme Wildsmith, que la différence dans le libellé n’est pas décisive. Premièrement, l’art. 25 est très différent de l’art. 27, la seule disposition générale de la *Charte* à porter clairement la marque d’une simple disposition interprétative. Deuxièmement, il établit une primauté, ce qui ne cadre pas avec l’idée d’une pondération des deux droits. Notre Cour a examiné une disposition analogue de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, art. 2, ainsi rédigée : « Toute loi du Canada [. . .] doit s’interpréter et s’appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l’un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes . . . ». Dans *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, le juge Ritchie a dit qu’il faut donner aux mots en cause un sens plus réaliste, c’est-à-dire que si une loi ne peut être « raisonnablement interprétée et appliquée » (p. 294) sans enfreindre le droit, elle doit être déclarée inopérante. Ce principe a été réaffirmé dans *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349. La présente affaire ne présente pas de différence fondamentale.

[89] On pourrait soutenir que voir dans l’art. 25 un bouclier ne serait pas conforme à l’approche, empreinte de souplesse et non hiérarchique, retenue par la Cour en matière de droits garantis par la *Charte*. Il est incontestable que la Cour a, dans le passé, fait état de la difficulté de concilier des droits qui souvent semblent s’opposer les uns aux autres dans leur exercice, en particulier dans le contexte d’actions fondées sur les droits à l’égalité. Néanmoins, lorsque la primauté est clairement donnée à des droits collectifs au chapitre de la protection (comme c’est le cas en l’espèce, selon moi), les droits à l’égalité individuels ont habituellement cédé le pas. Dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, la juge Wilson a dit, à la p. 1197, que même si les droits spéciaux des minorités religieuses en matière d’éducation conférés par l’art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* « s’accorde[nt] mal avec le concept de l’égalité enchâssé dans la *Charte* », on

Justice Dickson in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 369, where, speaking of the application of s. 15 in the context of minority language rights in education, he said: “[I]t would be totally incongruous to invoke in aid of the interpretation of a provision which grants special rights to a select group of individuals, the principle of equality intended to be universally applicable to ‘every individual’”. In my opinion, and as argued by J. M. Arbour, s. 25 serves the purpose of protecting the rights of aboriginal peoples where the application of the *Charter* protections for individuals would diminish the distinctive, collective and cultural identity of an aboriginal group (“The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 3, p. 60).

### 2.1.3 Legislative History

[90] The legislative history of s. 25 was set out by Wildsmith, at pp. 5-8. He noted that s. 25 of the *Charter* can be traced back to s. 26 of Bill C-60, presented to Parliament on June 20, 1978. The white paper accompanying the Bill stated that “[t]he renewal of the Federation must fully respect the legitimate rights of the native peoples” (*A Time for Action — Toward the Renewal of the Canadian Federation* (1978)). Section 26 was incorporated as s. 24 in the October 1980 Resolution which followed the First Ministers’ meeting of September 1980. Sanders described this section as being designed to protect aboriginal rights from the egalitarian provisions of the *Charter* (see D. Sanders, “Prior Claims: Aboriginal People in the Constitution of Canada”, in S. M. Beck and I. Bernier, eds., *Canada and the New Constitution: The Unfinished Agenda* (1983), vol. 1, 225, at p. 231).

[91] On January 30, 1981, an agreement was reached between representatives of aboriginal organizations and the three national political parties

ne peut recourir à l’art. 15 ni pour annuler les droits spécifiques du groupe protégé ni pour étendre ces droits à d’autres groupes religieux. Il est également instructif de lire les motifs de l’ancien juge en chef Dickson dans *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 369 qui, au sujet de l’application de l’art. 15 dans le contexte des droits des minorités linguistiques en matière d’éducation, écrivait : « [I]l serait déplacé d’invoquer un principe d’égalité destiné à s’appliquer universellement à “tous” pour interpréter une disposition qui accorde des droits particuliers à un groupe déterminé ». À mon avis, et comme le soutient J. M. Arbour, l’art. 25 a pour objectif de protéger les droits des peuples autochtones lorsque l’application des protections établies dans la *Charte* à l’endroit des individus diminuerait l’identité distinctive, collective et culturelle d’un groupe autochtone (« The Protection of Aboriginal Rights Within a Human Rights Regime : In Search of an Analytical Framework for Section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 3, p. 60).

### 2.1.3 Historique législatif

[90] L’historique législatif de l’art. 25 a été décrit par Wildsmith, aux p. 5-8. Il a souligné qu’on pouvait faire remonter l’origine de l’art. 25 de la *Charte* à l’art. 26 du projet de loi C-60 présenté au Parlement le 20 juin 1978. Il était précisé dans le livre blanc qui accompagnait le projet de loi que « le renouvellement de la fédération doit conduire au plein respect des droits légitimes des autochtones » (*Le temps d’agir — Jalons du renouvellement de la fédération canadienne* (1978)). L’article 26 est devenu l’art. 24 dans la résolution d’octobre 1980 qui a suivi la rencontre des Premiers ministres de septembre 1980. Selon Sanders, cet article visait à protéger les droits des peuples autochtones contre les dispositions égalitaristes de la *Charte* (voir D. Sanders, « Prior Claims : Aboriginal People in the Constitution of Canada », dans S. M. Beck et I. Bernier, dir., *Canada and the New Constitution : The Unfinished Agenda* (1983), vol. 1, 225, p. 231).

[91] Le 30 janvier 1981, les représentants des organisations autochtones et des trois partis politiques nationaux sont parvenus à une entente au sujet

on new provisions concerning native peoples. These provisions were introduced that day to the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada. A new s. 34 provided that “[t]he aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.” Section 24 was also altered by divorcing the native rights issue from the general saving provision created by a new s. 25.

[92] These changes were then incorporated into the Consolidated Resolution of April 24, 1981. Support for the resolution weakened and there were new negotiations between aboriginal representatives and government officials which led to the introduction of a modified s. 25 on November 18, 1981. This section makes no reference to treaty rights or “other rights or freedoms”. Negotiations with the premiers resulted in an amendment reflected in the final resolution of December 8, 1981. The text of that resolution was amended again by the adoption of the *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, R.S.C. 1985, App. II, No. 46. This modification added s. 35(3) which states: “For greater certainty, in subsection (1) ‘treaty rights’ includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.”

[93] The Minister of Justice at the time, the Honourable Jean Chrétien, declared before the Special Joint Committee: “We say that there is nothing in this Charter that will infringe upon the rights of the Natives. . . . [T]he rights of all the native Canadians, either flowing from Treaties or the Royal Proclamation, are assured to remain as they are, and not being changed by the adoption of this Charter of Rights, its clause 24” (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 3, November 12, 1980, at pp. 68 and 84). It was made abundantly clear that s. 25 creates no new rights. It was meant as a shield against the intrusion of the *Charter* upon native rights or

des dispositions concernant les peuples autochtones. Ces dispositions ont été présentées le même jour au Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada. Un nouvel art. 34 était ainsi libellé : « La présente loi confirme les droits, ancestraux ou issus des traités, des peuples autochtones du Canada. » On avait également modifié l’art. 24 en dissociant la question des droits des peuples autochtones de la disposition générale de sauvegarde créée par un nouvel art. 25.

[92] Ces changements ont ensuite été incorporés au projet de résolution du 24 avril 1981. L’appui à la résolution ayant faibli, de nouvelles négociations entre les représentants des peuples autochtones et des responsables du gouvernement ont abouti à la présentation, le 18 novembre 1981, d’un art. 25 modifié. Cette disposition ne fait pas mention de droits issus de traités ni d’« autres » droits ou libertés. Les négociations avec les premiers ministres provinciaux ont abouti à une modification qui se retrouve dans la résolution finale du 8 décembre 1981. Le texte de cette résolution a de nouveau été modifié par l’adoption de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, L.R.C. 1985, app. II, n° 46. Cette modification a ajouté le par. (3) qui prévoit ce qui suit : « 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. »

[93] Le ministre de la Justice de l’époque, l’honorable Jean Chrétien, a déclaré ceci devant le Comité mixte spécial : « Rien dans la charte ne portera atteinte aux droits des Indiens. [ . . . ] [L]es droits de tous les autochtones du Canada, découlant soit des traités soit de la proclamation royale, seront maintenus et ne seront pas modifiés par l’adoption de la charte des droits et de l’article 24 » (*Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, fascicule n° 3, 12 novembre 1980, p. 68 et 84). Il a été indiqué d’une façon on ne peut plus claire que l’art. 25 ne crée pas de nouveaux droits. Il devait servir de bouclier contre les incidences de la *Charte* sur les droits et les libertés des peuples autochtones. On trouvera un exposé

freedoms. A more comprehensive account of the historical foundation of s. 25 is found in Arbour, at pp. 30-37.

#### 2.1.4 Academic and Judicial Commentary

[94] Practically all authors agree with the fact that s. 25 operates as a shield: see Wildsmith, at p. 23; B. Slattery, “The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights” (1982-1983), 8 *Queen’s L.J.* 232, at p. 239; N. K. Zlotkin, *Unfinished Business: Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference* (1983), at p. 46; K. McNeil, “The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada” (1982), 4 *S.C.L.R.* 255, at p. 262; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. 2007), vol. 1, at pp. 28-56 and 28-57; D. Sanders, “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314, at p. 321; P. Cumming, “Canada’s North and Native Rights”, in B. W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (1985), 695, at p. 732; N. Lyon, “Constitutional Issues in Native Law”, in Morse, 408, at p. 423; K. M. Lysyk, “The Rights and Freedoms of the Aboriginal Peoples of Canada”, in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), 467, at pp. 471-72; *contra*: R. H. Bartlett, “Survey of Canadian Law: Indian and Native Law” (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 431; B. Schwartz, *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984* (1985).

[95] Also agreeing are K. Wilkins, “. . . But We Need the Eggs: The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government” (1999), 49 *U.T.L.J.* 53; T. Isaac, “Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People” (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431; A. Goldenberg, “‘Salmon for Peanut Butter’: Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights” (2004), 3 *Indigenous L.J.* 61, at p. 90; C. Hutchinson, “Case Comment on *R. v. Kapp*: An Analytical Framework for Section 25 of the *Charter*” (2007), 52 *McGill L.J.*

plus complet du fondement historique de l’art. 25 dans l’article de Arbour, aux p. 30-37.

#### 2.1.4 Doctrine et jurisprudence

[94] Pratiquement tous les auteurs sont d’accord pour dire que l’art. 25 joue le rôle d’un bouclier : voir Wildsmith, p. 23; B. Slattery, « The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights » (1982-1983), 8 *Queen’s L.J.* 232, p. 239; N. K. Zlotkin, *Unfinished Business: Aboriginal Peoples and the 1983 Constitutional Conference* (1983), p. 46; K. McNeil, « The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1982), 4 *S.C.L.R.* 255, p. 262; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. 2007), vol. 1, p. 28-56 et 28-57; D. Sanders, « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada » (1983), 61 *R. du B. can.* 314, p. 321; P. Cumming, « Canada’s North and Native Rights », dans B. W. Morse, dir., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis, and Inuit Rights in Canada* (1985), 695, p. 732; N. Lyon, « Constitutional Issues in Native Law », dans Morse, 408, p. 423; K. M. Lysyk, « Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada », dans G.-A. Beaudoin et W. S. Tarnopolsky, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 591, p. 595-597; *contra* : R. H. Bartlett, « Survey of Canadian Law: Indian and Native Law » (1983), 15 *R.D. Ottawa* 431, et B. Schwartz, *First Principles: Constitutional Reform with Respect to the Aboriginal Peoples of Canada, 1982-1984* (1985).

[95] Les auteurs suivants partagent aussi cet avis : K. Wilkins, « . . . But We Need the Eggs : The Royal Commission, the Charter of Rights and the Inherent Right of Aboriginal Self-government » (1999), 49 *U.T.L.J.* 53; T. Isaac, « Canadian Charter of Rights and Freedoms : The Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People » (2002), 21 *Windsor Y.B. Access Just.* 431; A. Goldenberg, « “Salmon for Peanut Butter” : Equality, Reconciliation and the Rejection of Commercial Aboriginal Rights » (2004), 3 *Indigenous L.J.* 61, p. 90; C. Hutchinson, « Case Comment on *R. v. Kapp* : An Analytical Framework for Section

173, at p. 189. P. Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (2001), and T. Dickson, “Section 25 and Intercultural Judgment” (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 141, develop a unique approach based on the distinction between individual and collective rights. It might be noted that none of these authors have applied the rule of interpretation applicable to bilingual legislation.

[96] There is little case law on the issue, but the recent trend has been to see the protective feature in s. 25 as a “shield”, as opposed to an “interpretative prism”; *R. v. Steinhauer*, [1985] 3 C.N.L.R. 187 (Alta. Q.B.), *Campbell v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 4 C.N.L.R. 1 (B.C.S.C.), and *Shubenacadie Band Council v. Canada (Human Rights Commission)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466 (F.C.A.), held that s. 25 provides a shield. *R. v. Nicholas*, [1989] 2 C.N.L.R. 131 (N.B.Q.B.), is to the same effect but restricts the application of s. 25 to s. 15 rights. In *Campbell*, Williamson J. summarized the case law at that point as showing that “the section is meant to be a ‘shield’ which protects Aboriginal, treaty and other rights from being adversely affected by provisions of the *Charter*”: para. 156. He further suggested that a purposive approach to s. 25 should be taken and that “the purpose of this section is to shield the distinctive position of Aboriginal peoples in Canada from being eroded or undermined by provisions of the *Charter*” (para. 158).

### 2.1.5 Limitations on the Shield

[97] Is this shield absolute? Obviously not. First, it is restricted by s. 28 of the *Charter* which provides for gender equality “[n]otwithstanding anything in this Charter”. Second, it is restricted to its object, placing *Charter* rights and freedoms in juxtaposition to aboriginal rights and freedoms. *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 46, provides guidance in that respect. This means in essence that only laws that actually impair native

25 of the *Charter* » (2007), 52 *R.D. McGill* 173, p. 189. P. Macklem, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (2001), et T. Dickson, « Section 25 and Intercultural Judgment » (2003), 61 *U.T. Fac. L. Rev.* 141, ont élaboré une approche qui leur est propre, fondée sur la distinction entre droits individuels et droits collectifs. Il convient de signaler qu’aucun de ces auteurs n’a appliqué la règle d’interprétation applicable aux textes législatifs bilingues.

[96] La jurisprudence sur la question est rare, mais la tendance récente consiste à voir dans la protection instaurée par l’art. 25 un « bouclier » plutôt qu’un « prisme interprétatif ». D’après *R. c. Steinhauer*, [1985] 3 C.N.L.R. 187 (B.R. Alb.), *Campbell c. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 4 C.N.L.R. 1 (C.S.C.-B.), et *Conseil de la bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466 (C.A.F.), l’art. 25 offre un bouclier. *R. c. Nicholas*, [1989] 2 C.N.L.R. 131 (B.R.N.-B.), va dans le même sens, sauf qu’on y restreint l’application de l’art. 25 aux droits visés à l’art. 15. Dans *Campbell*, le juge Williamson a résumé la jurisprudence en indiquant qu’elle montre que [TRADUCTION] « l’article se veut un “bouclier” empêchant les dispositions de la *Charte* de restreindre les droits ancestraux, issus de traités ou autres » : par. 156. Il a en outre indiqué qu’il faut adopter à l’égard de l’art. 25 une approche fondée sur son objet et que [TRADUCTION] « l’article a pour objet d’empêcher que les dispositions de la *Charte* n’érodent ou ne sapent la situation distinctive des peuples autochtones au Canada » (par. 158).

### 2.1.5 Limites du bouclier

[97] Le bouclier est-il absolu? Bien sûr que non. Premièrement, il est restreint par l’art. 28 de la *Charte*, qui établit l’égalité des sexes « [i]ndépendamment des autres dispositions de la présente charte ». Deuxièmement, il est limité à son objet, les droits et libertés garantis par la *Charte* étant juxtaposés aux droits et libertés des peuples autochtones. L’arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, donne au par. 46 des précisions utiles à cet égard.

rights will be considered, not those that simply have incidental effects on natives.

[98] There is some uncertainty concerning what rights and freedoms are contemplated in s. 25. Most concerns have been with self-government issues. Are all of the laws adopted by bands under the authority of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, protected? Wildsmith suggests that this is possibly the case because their source is in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, which is clearly associated with the concept of Indianness (p. 33). He nevertheless says that the power in question would not be unrestrained because the courts would read in the need for “reasonableness” as they did for the exercise of municipal powers, and because the *Canadian Bill of Rights* would continue to apply. (The courts would of course have to deal with the *Lavell* precedent to make this avenue useful.) Wildsmith, at pp. 25-26 suggests that the court may want to apply a proportionality test similar to that in *Oakes* in order to determine whether an Act would truly abrogate an aboriginal right or freedom (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). He argues at p. 37 that *Charter* rights would still be available to Indians who would want to attack federal legislation giving preferential treatment to other Indians.

[99] There is no reason to believe that s. 25 has taken Aboriginals out of the *Charter* protection scheme. One aboriginal group can ask to be given the same benefit as another aboriginal group under s. 15(1). Sections 2 and 3 of the *Charter* apply to Aboriginals. Macklem, at pp. 225-27, suggests that the courts should distinguish between external and internal restrictions on aboriginal laws that clash with the *Charter* and that in the case of internal restrictions, aboriginal communities should be required to satisfy the *Oakes* test to resist a challenge. It could also be argued that it would be contrary to the purpose of s. 25 to prevent an Aboriginal

Cela signifie, pour l’essentiel, que seules les lois qui portent véritablement atteinte à des droits des peuples autochtones seront prises en considération, et non celles qui ont uniquement des effets accessoires sur les Autochtones.

[98] Il existe quelque incertitude au sujet des droits et libertés que vise l’art. 25. La plupart des difficultés soulevées ont trait à l’autonomie gouvernementale. Les règlements administratifs pris par des bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, sont-ils tous protégés? Wildsmith estime que ce pourrait être le cas parce que ces règlements tirent leur origine du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, manifestement associé au concept d’indianité (p. 33). Il affirme cependant que le pouvoir en question ne serait pas illimité parce que les tribunaux y intégreraient la nécessité du « caractère raisonnable », comme ils l’ont fait dans le cas de l’exercice de pouvoirs municipaux, et parce que la *Déclaration canadienne des droits* continuerait de s’appliquer. (Les tribunaux devraient bien entendu tenir compte de l’arrêt *Lavell* pour que cette voie puisse s’avérer utile.) Wildsmith signale, aux p. 25-26, que le tribunal pourrait vouloir recourir à un critère de proportionnalité semblable à celui utilisé dans *Oakes* pour déterminer si une loi porterait véritablement atteinte à un droit ou une liberté des peuples autochtones (*R. c. Oakes*, [1986], 1 R.C.S. 103). Il soutient (à la p. 37) que des Autochtones qui souhaiteraient attaquer une loi fédérale accordant un traitement préférentiel à d’autres Autochtones pourraient encore se prévaloir des droits garantis par la *Charte*.

[99] Il n’existe aucune raison de croire que l’art. 25 ait exclu les Autochtones du régime de protection de la *Charte*. Un groupe autochtone peut demander, en vertu du par. 15(1), qu’on lui accorde le même bénéfice que reçoit un autre groupe autochtone. Les articles 2 et 3 de la *Charte* s’appliquent aux Autochtones. Macklem, aux p. 225-227, exprime l’avis que les tribunaux devraient faire la distinction entre les restrictions externes et les restrictions internes relatives aux règlements administratifs autochtones qui entrent en conflit avec la *Charte*, et que dans le cas des restrictions internes, il y a lieu d’exiger des collectivités autochtones qu’elles

from invoking those sections to attack an Act passed by a band council. It is not at all obvious in my view that it is necessary to constrain the individual rights of Aboriginals in order to recognize collective rights under s. 25; as A. Shachar notes, individuals can have multiple identities (“The Paradox of Multicultural Vulnerability: Individual Rights, Identity Groups, and the State”, in C. Joppke and S. Lukes, eds., *Multicultural Questions* (1999), 87; see also W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), at p. 35). Aboriginals are Canadian. The framework of reconciliation is consistent with the need for flexibility in the application of s. 25. This is in line with the approach taken by Binnie J. in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at para. 164.

[100] Some would like the Court to ignore s. 25 because of the uncertainty in its application, particularly with regard to legislative powers contemplated by the *Indian Act*. I think it is unreasonable to suggest that a law should not be applied by this Court because it is too difficult. After all, s. 25 is the only provision in the *Charter* which makes express reference to aboriginal people, and the *Charter* is now 25 years old. I also think the concerns are overstated. Even under the present justification in a s. 1 analysis, there is much room for government to establish that *Charter* values should not be overstated when dealing with the requirements of substantive equality of native peoples. Legislative powers of bands under s. 81 of the *Indian Act* are subject to disallowance; those that fall under ss. 83 and 85.1 can be addressed by amendments to the *Indian Act* if a serious problem of consistency with *Charter* values occurs. Section 25 rights are not constitutionalized and can be taken away. Parliament can also make a right subject to the same protections as those afforded in the *Charter* by its particular terms. Wildsmith mentions that s. 25 may not even apply to band councils because they may not fall under the definition of s. 32(1)(a)

satisfassent au critère de l'arrêt *Oakes* pour résister à une contestation. On pourrait aussi soutenir qu'il serait contraire à l'objectif de l'art. 25 d'empêcher un Autochtone d'invoquer ces dispositions pour attaquer un règlement administratif pris par un conseil de Bande. Il ne me semble pas du tout évident qu'il est nécessaire de limiter les droits individuels des Autochtones pour reconnaître les droits collectifs dont il est question à l'art. 25; comme le fait remarquer A. Shachar, les personnes peuvent avoir des identités multiples (« The Paradox of Multicultural Vulnerability : Individual Rights, Identity Groups, and the State », dans C. Joppke et S. Lukes, dir., *Multicultural Questions* (1999), 87; voir aussi W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), p. 35). Les Autochtones sont des Canadiens. Le cadre de réconciliation est compatible avec la nécessité de faire preuve de souplesse dans l'application de l'art. 25. Ce point de vue s'accorde avec l'approche adoptée par le juge Binnie dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 164.

[100] Certains souhaiteraient voir la Cour ne faire aucun cas de l'art. 25 à cause de l'incertitude quant à son application, en particulier en ce qui a trait aux pouvoirs législatifs envisagés par la *Loi sur les Indiens*. Il n'est pas raisonnable, à mon sens, de prétendre que cette Cour ne devrait pas appliquer une disposition législative parce qu'elle présente des difficultés insurmontables. Après tout, l'art. 25 est la seule disposition de la *Charte* qui fait expressément mention des peuples autochtones, et la *Charte* a maintenant 25 ans. Je pense également que les craintes exprimées sont exagérées. Même avec la justification actuelle dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement a beaucoup de latitude pour établir qu'il ne faut pas donner une importance exagérée aux valeurs consacrées par la *Charte* lorsqu'il s'agit des exigences de l'égalité fondamentale des peuples autochtones. Les pouvoirs législatifs conférés aux bandes sous le régime de l'art. 81 de la *Loi sur les Indiens* sont susceptibles d'être annulés; ceux que visent les art. 83 et 85.1 peuvent faire l'objet de modifications à la *Loi sur les Indiens* si un problème sérieux de compatibilité avec des valeurs protégées par la *Charte* se pose. Les droits visés à l'art. 25 ne sont pas inscrits dans

of the *Charter* (p. 39), an argument that might find support in the fact that the *Charlottetown Accord* contained a provision that would have provided for the application of s. 25 to aboriginal governments. All this to say we need not resolve every imaginable case in this single decision.

## 2.2 *Scope of Section 25 Protection*

[101] In this case, what is significant about the scope of s. 25 protection is the meaning of the words “other rights or freedoms”. These words are “all-embracing”, as mentioned by Lysyk, at p. 472; this indicates that the protection was meant to be very broad. But the rights and freedoms are only those that “pertain to the aboriginal peoples of Canada”, those that are particular to them. In French, the Act speaks of “*droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada*”.

[102] The *ejusdem generis* rule indicates that, in an enumeration, the general word must be constrained to persons or things of the same class as those specifically mentioned. In s. 25, the general term “other rights or freedoms” follows the enumerated terms “aboriginal” and “treaty” rights. McLachlin C.J. and Abella J. argue that the rule should apply to limit the rights or freedoms protected to those of a constitutional character. I believe that a broader approach is merited, one more consistent with the interpretative principles outlined above.

[103] I believe that the reference to “aboriginal and treaty rights” suggests that the focus of the provision is the uniqueness of those persons or communities mentioned in the Constitution; the rights protected are those that are unique to them because

la Constitution et peuvent être abolis. Le Parlement peut également assujettir un droit aux mêmes mesures de protection que celles que prévoit la *Charte* par ses dispositions particulières. Wildsmith mentionne que l’art. 25 ne s’applique peut-être même pas aux conseils de bande parce qu’ils pourraient ne pas être visés par la définition énoncée à l’al. 32(1)a) de la *Charte* (p. 39) — un argument à l’appui duquel il serait peut-être possible de rappeler que l’*Accord de Charlottetown* renfermait une clause qui aurait rendu l’art. 25 applicable aux gouvernements autochtones. Tout cela pour dire qu’il ne nous est pas nécessaire de régler chaque cas imaginable dans cette seule décision.

## 2.2 *Étendue de la protection établie par l’art. 25*

[101] En l’espèce, ce qui importe au sujet de l’étendue de la protection établie par l’art. 25, c’est la signification des mots « droits ou libertés [. . .] autres ». Ces mots ont une portée « globale », selon Lysyk à la p. 596 — ce qui indique qu’on voulait donner une étendue très large à la protection. Mais il est uniquement question des « droits ou libertés [. . .] des peuples autochtones du Canada », de ceux qui leur sont propres. En anglais, le texte parle de « *rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada* ».

[102] La règle *ejusdem generis* veut que, dans une énumération, la portée du terme général soit limitée aux personnes ou aux choses de la même catégorie que celles qui sont expressément mentionnées. À l’article 25, le terme général « ou autres » suit l’énumération des droits ou libertés « ancestraux » et « issus de traités ». La juge en chef McLachlin et la juge Abella soutiennent qu’il faut appliquer la règle de façon à limiter les droits ou libertés protégés à ceux qui sont de nature constitutionnelle. Je crois pour ma part qu’il faut retenir une approche plus large qui s’accorde davantage avec les principes d’interprétation décrits ci-dessus.

[103] Je crois que la mention des « droits ou libertés ancestraux et issus de traités » indique que la disposition est axée sur le caractère tout à fait particulier des personnes ou des collectivités mentionnées dans la Constitution; les droits protégés sont ceux



of their special status. As argued by Macklem, s. 25 “protects federal, provincial and Aboriginal initiatives that seek to further interests associated with indigenous difference from Charter scrutiny”: see p. 225. Accordingly, legislation that distinguishes between aboriginal and non-aboriginal people in order to protect interests associated with aboriginal culture, territory, sovereignty or the treaty process deserves to be shielded from *Charter* scrutiny.

[104] In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 52, L’Heureux-Dubé J. suggested in *obiter* that the scope of s. 25 was likely greater than that of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and may include statutory provisions. She did qualify this statement by noting that the fact that a statute relates to aboriginal people would not, without more, suffice to bring it within the scope of s. 25. In my opinion, the limitations proposed above are consistent with this statement.

[105] Laws adopted under the s. 91(24) power would normally fall into this category, the power being in relation to the aboriginal peoples as such, but not laws that fall under s. 88 of the *Indian Act*, because they are by definition laws of general application. “[O]ther rights or freedoms” comprise statutory rights which seek to protect interests associated with aboriginal culture, territory, self-government, as mentioned above, and settlement agreements that are a replacement for treaty and aboriginal rights. But private rights of individual Indians held in a private capacity as ordinary Canadian citizens would not be protected.

[106] The inclusion of statutory rights and settlement agreements pertaining to the treaty process and pertaining to indigenous difference is consistent with the jurisprudence of this Court. As observed by Kirkpatrick J.A., this Court’s decisions

qui leur sont propres en raison de leur statut spécial. Comme le soutient Macklem, l’art. 25 [TRADUCTION] « soustrait à l’examen fondé sur la Charte les initiatives fédérales, provinciales et autochtones qui visent à faire avancer des intérêts ressortissant à la différence autochtone » : voir p. 225. Dans cette perspective, un texte législatif qui fait une distinction entre Autochtones et non-Autochtones afin de protéger des intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtones, ou au processus des traités, mérite d’être soustrait à l’examen fondé sur la *Charte*.

[104] Dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 52, la juge L’Heureux-Dubé a laissé entendre, en remarque incidente, que la portée de l’art. 25 était sans doute plus grande que celle de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qu’elle pouvait s’étendre à des dispositions législatives. Elle a atténué son propos en ajoutant que le fait qu’une loi concerne les Autochtones ne suffirait pas à lui seul à rendre l’art. 25 applicable. À mon avis, les limitations proposées ci-dessus sont conformes à cet énoncé.

[105] Les lois adoptées en vertu de la compétence établie au par. 91(24) feraient normalement partie de cette catégorie, cette compétence concernant les peuples autochtones en tant que tels, mais pas les lois visées par l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, puisqu’il s’agit par définition de lois d’application générale. Sont compris dans les droits et libertés « autres » les droits d’origine législative qui visent à protéger des intérêts liés à la culture, au territoire et à l’autonomie gouvernementale des Autochtones, comme je l’ai déjà signalé, ainsi que les accords de règlement qui remplacent des droits ancestraux ou issus de traités. Mais les droits privés dont jouissent les Autochtones sur le plan individuel, à titre privé, en tant que citoyens canadiens comme les autres, ne seraient pas protégés.

[106] L’inclusion des droits d’origine législative et des accords de règlement ayant trait au processus des traités et à la différence autochtone s’accorde avec la jurisprudence de cette Cour. Comme l’a signalé la juge Kirkpatrick de la Cour d’appel,

in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74, make it clear that the Crown's duty to consult with and accommodate aboriginal peoples arises prior to the establishment of an aboriginal or treaty right. These were, of course, the two enumerated terms discussed above in the context of the *ejusdem generis* rule. Moreover, this Court in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 186, held that in order to preserve the honour of the Crown, the Crown must be allowed to negotiate in good faith with aboriginal peoples. Finally, in *Sparrow*, this Court urged the Crown to negotiate first prior to litigation. Section 25 reflects this imperative need to accommodate, recognize and reconcile aboriginal interests.

[107] William Pentney raises the concern that if the phrase “other rights or freedoms” is construed broadly to include legislated or common law rights, this will result in the “undesirable and anomalous result” that the scope of a *Charter*-protected provision can be modified by ordinary legislation: “The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982: Part I — The Interpretive Prism of Section 25*” (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 21, at p. 57. Another concern often raised is that allowing statutory rights to be protected by s. 25 would elevate them to constitutional rights: see, e.g., Hutchinson, at p. 186. Similar concerns have been raised with respect to s. 16(3) of the *Charter*, the principle of advancement for language rights. In *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505, at para. 92, the Ontario Court of Appeal addressed these concerns as follows:

We are not persuaded that s. 16(3) includes a “ratchet” principle that clothes measures taken to advance

il ressort clairement des arrêts rendus par notre Cour dans les affaires *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74, que l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et de trouver des accommodements à leurs préoccupations précède l'établissement d'un droit ancestral ou issu de traités. Il s'agit bien sûr des deux termes énumérés dont il est question précédemment à propos de la règle *ejusdem generis*. En outre, la Cour a conclu dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 186, que la préservation de l'honneur de la Couronne suppose la possibilité pour cette dernière de négocier de bonne foi avec les peuples autochtones. Enfin, dans *Sparrow*, cette Cour a exhorté la Couronne à négocier avant de recourir aux tribunaux. L'article 25 traduit cette nécessité impérative de trouver des accommodements aux intérêts des peuples autochtones, de les reconnaître et de les concilier.

[107] William Pentney dit craindre que si l'on interprète largement l'expression « droits ou libertés [...] autres » pour inclure les droits créés par le législateur ou la common law, on arrivera au [TRADUCTION] « résultat insolite et non souhaitable » que les lois ordinaires pourraient modifier la portée d'une disposition protégée par la *Charte* : « The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada and the *Constitution Act, 1982 : Part I — The Interpretive Prism of Section 25* » (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 21, p. 57. Plusieurs craignent aussi qu'en accordant à des droits créés par la loi la protection de l'art. 25, on se trouve à les élever au rang de droits constitutionnels : voir p. ex. Hutchinson, p. 186. Des craintes similaires ont été exprimées au sujet du par. 16(3) de la *Charte*, qui consacre le pouvoir de favoriser l'exercice des droits linguistiques. Dans *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577, par. 92, la Cour d'appel de l'Ontario a fait à ce sujet les observations suivantes :

Nous ne sommes pas convaincus que le par. 16(3) comprend un principe d'« encliquetage », qui conférerait

linguistic equality with constitutional protection. Section 16(3) builds on the principle established in *Jones v. New Brunswick (Attorney General)* (1974), [1975] 2 S.C.R. 182, 45 D.L.R. (3d) 583 that the Constitution's language guarantees are a "floor" and not a "ceiling" and reflects an aspirational element of advancement toward substantive equality. The aspirational element of s. 16(3) is not without significance when it comes to interpreting legislation. However, it seems to us undeniable that the effect of this provision is to *protect*, not *constitutionalize*, measures to advance linguistic equality. The operative legal effect of s. 16(3) is determined and limited by its opening words: "Nothing in this *Charter* limits the authority of Parliament or a legislature." Section 16(3) is not a rights-conferring provision. It is, rather, a provision designed to shield from attack government action that would otherwise contravene s. 15 or exceed legislative authority. [Emphasis in original.]

In my view, the same principles apply to legislative measures protected by s. 25.

### 2.3 Approach to Section 25

[108] One important issue is to determine when s. 25 is triggered. Kirkpatrick J.A. held that it was before any consideration of the *Charter* right; Brenner C.J.S.C., the summary conviction appeal judge in this case, agreed by adopting the approach taken in the *Campbell* case. This seems to correspond to what was said by L'Heureux-Dubé J. in *Corbiere*, at para. 52. In *Campbell*, it was also held that s. 25 is a threshold issue. I agree. This does not mean that there is no need to properly define the *Charter* claim; it simply means that there is no need to go through a full s. 15 analysis, for instance in this case, before considering whether s. 25 applies. What has to be determined is whether there is a real conflict.

[109] I do not think it is reasonable to invoke s. 25 once a *Charter* violation is established. One reason for this position is that there would be no rationale for invoking s. 25 in the case of a finding of discrimination that could not be justified under s. 1,

une protection constitutionnelle aux mesures prises pour faire progresser l'égalité linguistique. Le paragraphe 16(3) repose sur le principe établi dans *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick* (1974), [1975] 2 R.C.S. 182, 45 D.L.R. (3d) 583 selon lequel la Constitution garantit un « plancher » et non un « plafond »; il traduit l'aspiration d'une recherche de l'égalité concrète. Cette aspiration exprimée par le par. 16(3) revêt de l'importance pour interpréter la loi. Il nous semble cependant indéniable que l'effet de cette disposition est de *protéger*, et non pas de *constitutionnaliser*, les mesures prises pour faire avancer l'égalité linguistique. La portée juridique effective du par. 16(3) en est déterminée et limitée par les premiers mots : « La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures ». Le paragraphe 16(3) n'est pas attributif de droit. Il s'agit plutôt d'une disposition destinée à prévenir toute contestation d'une action gouvernementale qui sinon contreviendrait à l'art. 15 ou outrepasserait les pouvoirs législatifs d'un palier de gouvernement. [En italique dans l'original.]

À mon avis, les mêmes principes s'appliquent aux mesures législatives que protège l'art. 25.

### 2.3 Mode d'analyse de l'art. 25

[108] Une question importante consiste à déterminer à quel moment l'art. 25 entre en jeu. La juge Kirkpatrick de la Cour d'appel a conclu que c'était avant toute prise en considération du droit garanti par la *Charte*; le juge en chef Brenner, juge d'appel des poursuites sommaires en l'espèce, a souscrit à ce point de vue en adoptant l'approche retenue dans la décision *Campbell*. Cela semble concorder avec ce qu'a dit la juge L'Heureux-Dubé dans *Corbiere*, par. 52. Dans *Campbell*, il a également été décidé que la question de l'art. 25 a un caractère préliminaire. C'est aussi mon avis. Cela ne signifie pas qu'il n'est pas nécessaire de définir correctement la revendication fondée sur la *Charte*, mais simplement qu'il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète au regard de l'art. 15, comme dans la présente affaire par exemple, avant de se demander si l'art. 25 s'applique. Ce qu'il faut déterminer, c'est s'il existe un conflit véritable.

[109] Je ne pense pas qu'il soit raisonnable d'invoquer l'art. 25 une fois qu'une violation de la *Charte* est établie. Il en est ainsi notamment parce qu'il n'existerait pas de raison d'invoquer l'art. 25 dans le cas où l'on conclut à une discrimination non

simply because, in the context of s. 15, as in this case for instance, considerations that serve to justify that an Act is not discriminatory would have to be relitigated under the terms of s. 25. Another reason is that a true interpretative section would serve to define the substantive guarantee. Section 25 is meant to preserve some distinctions, which are inconsistent with weighing equality rights and native rights. What is called for, in essence, is a contextualized interpretation that takes into account the cultural needs and aspirations of natives. Dan Russell (*A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada* (2000), at p. 100) gives an example of this based on s. 3 of the *Charter*: he says that the right to vote should be reinterpreted in the context of band elections to reflect the particularities of the clan system. This, I believe, is tantamount to saying natives do not have the same rights as other Canadians, rather than saying they are protected like all other Canadians from interference with their individual rights as guaranteed by the *Charter*. W. F. Pentney (*The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982* (1987)), takes the same approach by suggesting that the *Charter* be interpreted through a native prism. I do not believe there are distinct *Charter* rights for aboriginal individuals and non-aboriginal individuals, or that it is feasible to take into account the specific cultural experience of Aboriginals in defining rights guaranteed by the *Charter*. The rights are the same for everyone; their application is a matter of justification according to context.

[110] I also think it is contrary to the scheme of the *Charter* to invoke s. 25 as a factor in applying s. 1. Section 1 does not apply to s. 25 as such because s. 25 does not create rights; to incorporate s. 25 is inconceivable in that context. Section 1 already takes into account the aboriginal perspective in the right case. Section 25 is protective and its function must be preserved. Section 25 was not meant to provide for balancing *Charter* rights against aboriginal rights. There should be no reading down of s. 25

susceptible d'être justifiée en vertu de l'article premier, simplement parce que, dans le contexte de l'art. 15, comme dans la présente affaire par exemple, les considérations servant à démontrer qu'une loi n'est pas discriminatoire devraient faire l'objet d'un nouvel examen judiciaire dans le cadre de l'art. 25. Une autre raison tient au fait qu'une véritable disposition interprétative servirait à définir la garantie fondamentale. L'article 25 vise à préserver certaines distinctions incompatibles avec une pondération des droits à l'égalité et des droits des peuples autochtones. Ce qui est demandé, essentiellement, c'est une interprétation contextualisée prenant en compte les aspirations et les besoins culturels des Autochtones. Dan Russell (*A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada* (2000), p. 100) en donne un exemple fondé sur l'art. 3 de la *Charte* : il dit que le droit de vote devrait être réinterprété dans le contexte des élections au sein des bandes afin que soient prises en compte les particularités du système de clan. Cela revient, je pense, à dire que les Autochtones n'ont pas les mêmes droits que les autres Canadiens, plutôt qu'à dire qu'ils sont protégés comme tous les autres Canadiens contre les atteintes à leurs droits individuels garantis par la *Charte*. W. F. Pentney (*The Aboriginal Rights Provisions in the Constitution Act, 1982* (1987)) emprunte la même approche en suggérant d'interpréter la *Charte* à travers un prisme autochtone. Je ne crois pas qu'il existe des droits distincts garantis par la *Charte* pour les Autochtones et les non-Autochtones pris individuellement, ni qu'il soit possible de prendre en considération l'expérience culturelle spécifique des Autochtones pour définir des droits garantis par la *Charte*. Les droits sont les mêmes pour tous; leur application est une question de justification en fonction du contexte.

[110] Je pense aussi qu'il est contraire à l'économie de la *Charte* de faire entrer l'art. 25 en ligne de compte dans l'application de l'article premier. L'article premier ne s'applique pas à l'art. 25 en tant que tel parce que l'art. 25 ne crée pas de droits; l'incorporation de l'art. 25 est inconcevable dans ce contexte. L'article premier prend déjà en considération la perspective autochtone lorsqu'il y a lieu. L'article 25 a une fonction de protection, et cette fonction doit être préservée. L'article 25 n'a pas été

while our jurisprudence establishes that aboriginal rights must be given a broad and generous application, and that where there is uncertainty, every effort should be made to give priority to the aboriginal perspective. It seems to me that the only reason for wanting to consider s. 25 within the framework of s. 15(1) is the fear mentioned earlier that individual rights will possibly be compromised. Another fear that is revealed by some pleadings in this case is that rights falling under s. 25 will be constitutionalized; this fear is totally unfounded. Section 25 does not create or constitutionalize rights.

#### 2.4 *Application in This Case*

[111] There are three steps in the application of s. 25. The first step requires an evaluation of the claim in order to establish the nature of the substantive *Charter* right and whether the claim is made out, *prima facie*. The second step requires an evaluation of the native right to establish whether it falls under s. 25. The third step requires a determination of the existence of a true conflict between the *Charter* right and the native right.

##### 2.4.1 The Nature of the Claim

[112] The appellants claim that aboriginal fishers have been given the right to fish in exclusivity, for one day, prior to the opening of the general commercial fishery in which they participate, and that this right gives rise to a benefit that is denied to non-Aboriginals on the basis of race. They argue that the fact that communal licences are given to a number of bands which then authorize specific fishers to fish is irrelevant, membership in bands not being a valid proxy that is functionally relevant to the regulation of the public fishery.

[113] The respondent has presented a number of arguments opposing the claim. He says in particular

conçu pour établir un équilibre entre les droits garantis par la *Charte* et les droits des peuples autochtones. Il ne faudrait pas atténuer la portée de l'art. 25 alors qu'il ressort de notre jurisprudence que les droits des peuples autochtones doivent faire l'objet d'une application large et généreuse, et que lorsqu'il y a incertitude, il faut faire tout ce qui est possible pour donner priorité à la perspective autochtone. Il me semble que la seule raison pour laquelle on voudrait aborder l'art. 25 dans le cadre du par. 15(1), c'est la crainte déjà mentionnée que des droits individuels risquent d'être compromis. Une autre crainte ressortant de certaines plaidoiries dans la présente affaire est celle de voir constitutionnalisés des droits relevant de l'art. 25; cette crainte est sans aucun fondement. L'article 25 ne crée ni ne constitutionnalise aucun droit.

#### 2.4 *Application à la présente affaire*

[111] L'application de l'art. 25 comporte trois étapes. La première exige une évaluation de la revendication afin d'établir la nature du droit fondamental garanti par la *Charte* et de déterminer si le bien-fondé de la revendication a été établi à première vue. La deuxième étape consiste à évaluer le droit autochtone afin de déterminer s'il relève de l'art. 25. La troisième étape consiste à déterminer s'il existe un conflit véritable entre le droit garanti par la *Charte* et le droit autochtone.

##### 2.4.1 Nature de la revendication

[112] Les appelants soutiennent que des pêcheurs autochtones se sont vu accorder le droit de pêcher en exclusivité, pendant une journée, avant l'ouverture de la pêche commerciale générale à laquelle ils prennent part, et que ce droit donne naissance à un bénéfice refusé aux non-Autochtones en raison de leur race. Le fait que des permis communautaires ont été délivrés à plusieurs bandes, qui donnent ensuite une autorisation de pêcher à certains pêcheurs, n'est pas pertinent selon eux, parce que l'appartenance à des bandes ne constitue pas une justification valable fonctionnellement pertinente à la réglementation des pêches publiques.

[113] L'intimé a présenté plusieurs arguments à l'encontre de la revendication. Il dit en particulier

that s. 15(1) is not breached because the claimants are individual licence holders while the aboriginal licences are communal; there is no valid comparator. He says that there is no denial of benefit because the program allows for sufficient catches under different categories of beneficiaries, some communal, some individual.

[114] It is a finding of fact that the fishery is not communal (findings of Kitchen Prov. Ct. J. are summarized in the factum of the appellants, at para. 22); it is also a finding of fact that many Aboriginals who fish under the communal licences also participate in the general commercial fishery. More importantly, it is admitted that aboriginal fishers are being given a licence to fish that is not available to non-Aboriginals. The fact that the authorization to fish is given by way of band licences is immaterial; government cannot do indirectly what it cannot do directly. As mentioned in *Van der Peet*, at para. 19, these rights “arise from the fact that aboriginal people are aboriginal” (emphasis deleted). It is also some indication of the true nature of the licence that practically all parties and interveners in this case speak of the “right to fish” afforded by the pilot sales program. Even if communal licences were significant, their nature says nothing about the fact that limiting them to natives as a user group may be discriminatory. The fact that the program is race-based is established beyond doubt.

[115] The declarations of Minister Crosbie and government officials explaining the rationale for the program clearly relate to agreements with bands on the regulation and management of the fishery. The very title of the regulations is instructive: *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*. With regard to the existence of a benefit, here again there is a finding of fact of Kitchen Prov. Ct. J. (a

qu’il n’y a pas atteinte au par. 15(1) parce que les demandeurs sont des titulaires de permis individuels tandis que les permis des Autochtones sont de nature communautaire; il n’existe pas d’élément de comparaison valable. Il dit qu’aucun bénéficiaire n’est refusé parce que le programme permet des prises suffisantes aux différentes catégories de bénéficiaires, dont certaines sont communautaires et certaines individuelles.

[114] Selon une conclusion de fait, la pêche n’est pas de nature communautaire (les conclusions du juge Kitchen de la Cour provinciale sont résumées au par. 22 du mémoire des appelants); selon une autre conclusion de fait, de nombreux Autochtones qui pêchent en vertu des permis communautaires participent également à la pêche commerciale générale. Et ce qui est plus important, il est admis que le permis délivré aux pêcheurs autochtones n’est pas accessible aux non-Autochtones. Il est sans importance que l’autorisation de pêcher soit accordée sous la forme d’un permis délivré à une bande; le gouvernement ne peut pas faire indirectement ce qu’il lui est interdit de faire directement. Comme le précise le par. 19 de l’arrêt *Van der Peet*, ces droits « tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones » (soulignement omis). D’autre part, pratiquement toutes les parties et tous les intervenants dans la présente affaire parlent du « droit de pêche » que procure le programme pilote de vente, ce qui offre un élément révélateur de la nature véritable du permis. Même si les permis communautaires étaient importants, leur nature ne donne aucune indication quant au fait qu’il pourrait être discriminatoire de les restreindre aux Autochtones en tant que groupe utilisateur. Il est établi hors de tout doute que le programme est fondé sur la race.

[115] Les déclarations du ministre Crosbie et des responsables gouvernementaux pour expliquer la raison d’être du programme sont manifestement liés à des accords avec les bandes sur la réglementation et la gestion de la pêche. Le titre même du règlement est révélateur : *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*. En ce qui a trait à l’existence d’un bénéfice, une

summary is found in the appellants' factum, at para. 25). In any case, it is hard to understand how the respondent can argue that there was considerable benefit to Aboriginals, particularly the Tsawwassen Band which went from 15 to 35 boats (respondent's factum, at para. 43), and increased revenues and employment for Aboriginals (para. 44), with no impact on non-aboriginal fishers, while the catch is limited by allocations adjusted from year to year. What is allocated to bands in exclusivity cannot be allocated to the general fishery.

[116] There is in my view a *prima facie* case of discrimination pursuant to s. 15(1). There is no need to proceed further in the analysis or to invoke s. 1. The potential for conflict is established.

#### 2.4.2 The Native Right

[117] The Minister issued licences to Aboriginals in application of a discretion given by the *Fisheries Act* and the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*. The respondent argues that these licences do not constitute a right or freedom as prescribed by s. 25 of the *Charter*. He says that only those rights and freedoms that "are vital to maintaining the distinctiveness of aboriginal cultures within the larger Canadian polity . . . have the potential to fall within s. 25" (factum, at para. 131), and adds that "[i]t follows that to be afforded protection under s. 25, an 'other right or freedom' must: (1) be of sufficient magnitude to warrant overriding a *Charter* right or freedom; (2) manifest a strong degree of permanence; and, (3) be intimately related to the protection and affirmation of aboriginal distinctiveness. The licence in question does not satisfy these criteria. The licence permitting sale was simply an exercise of administrative discretion, subject to numerous conditions and of brief duration. It was only effective for twenty-four hours. The agreement entered into with the Musqueam, Burrard and Tsawwassen bands expressly stated that it did not create any aboriginal rights. The conclusion of Brenner C.J.S.C. that the

conclusion de fait a là encore été tirée par le juge Kitchen de la Cour provinciale (dont le résumé se trouve au par. 25 du mémoire des appelants). Quoi qu'il en soit, il est difficile de comprendre comment l'intimé peut prétendre que les Autochtones ont obtenu un bénéfice considérable, en particulier la bande Tsawwassen, dont le nombre de bateaux est passé de 15 à 35 (mémoire de l'intimé, par. 43), et qu'il y a eu une augmentation des revenus et des emplois pour les Autochtones (par. 44), sans que cela ait eu d'incidence sur les pêcheurs non autochtones, alors que les prises sont limitées par des quotas ajustés d'une année à l'autre. Les prises attribuées en exclusivité aux bandes ne peuvent être attribuées à la pêche générale.

[116] Il existe à mon avis une preuve *prima facie* de discrimination selon le par. 15(1). Il n'est pas nécessaire d'approfondir l'analyse ou d'invoquer l'article premier. La possibilité de conflit est établie.

#### 2.4.2 Le droit autochtone

[117] Le ministre a délivré des permis à des Autochtones dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par la *Loi sur les pêches* et le *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*. L'intimé soutient que ces permis ne constituent pas un droit ou une liberté visé à l'art. 25 de la *Charte*. Selon lui, seuls les droits et libertés qui [TRADUCTION] « sont essentiels au maintien du caractère distinctif des cultures autochtones au sein de l'ensemble politique canadien [. . .] sont susceptibles d'être visés par l'art. 25 » (mémoire, par. 131), et [TRADUCTION] « il s'ensuit que, pour se voir accorder la protection donnée par l'art. 25, un "droi[t] ou libert[é] [. . .] autr[e]" doit : (1) être d'une ampleur suffisante pour l'emporter sur une liberté ou un droit garanti par la *Charte*; (2) présenter un degré élevé de permanence; (3) être étroitement lié à la protection et à l'affirmation du caractère distinctif autochtone. Le permis en question ne satisfait pas à ces critères. Le permis autorisant la vente résultait simplement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il était assorti de plusieurs conditions et il était de brève durée. Il ne valait que pour 24 heures. L'accord conclu avec les bandes Musqueam, Burrard et Tsawwassen stipulait

licence did not create a right under s. 25 was correct” (paras. 137-38).

[118] The first comment that I would make is that the criterion of magnitude is simply inconsistent with the actual terms of s. 25. That section simply speaks of rights that pertain to the aboriginal peoples of Canada, i.e., any rights that advance the distinctive position of aboriginal peoples. The same is true with regard to the criterion of permanence; as mentioned earlier in these reasons, “other rights or freedoms” necessarily refers to statutory rights, which can be abolished at any time. The fact that the agreements with the named bands stated that they did not create any aboriginal rights is of no moment. Section 25 does not create any rights.

[119] The respondent agrees that the intended scope of “other rights or freedoms” in s. 25 is achieved by applying the *ejusdem generis* rule. At para. 101 of his factum, the respondent speaks of the unique relationship between British Columbia aboriginal communities and the fishery. This should be enough to draw a link between the right to fish given to Aboriginals pursuant to the pilot sales program and the rights contemplated by s. 25. The right to fish has consistently been the object of claims based on aboriginal rights and treaty rights, the enumerated terms in the provisions.

[120] Furthermore, the respondent himself argues that these rights were a first step in establishing a treaty right. As noted earlier in these reasons, s. 25 reflects the notions of reconciliation and negotiation present in the treaty process and recognized by the previous jurisprudence of this Court: *Haida Nation, Taku River*. Brenner C.J.S.C. discussed the rights and freedoms provided to the aboriginal peoples participating in the pilot sales program as well as the significance of the program to the aboriginal peoples of British Columbia (at para. 93):

The A.F.S. represented an attempt to reconcile this unique relationship with the need for regulation of the

expressément qu’il ne créait aucun droit autochtone. La conclusion du juge en chef Brenner selon laquelle le permis ne créait pas de droit au sens de l’art. 25 était juste » (par. 137-138).

[118] La première observation que je ferais, c’est que le critère de l’ampleur ne cadre tout simplement pas avec les termes de l’art. 25. Dans cet article, il est simplement question des droits des peuples autochtones du Canada, soit de tous les droits qui favorisent leur situation distinctive. Cela vaut aussi pour le critère de la permanence; comme je l’ai déjà signalé dans ces motifs, les mots « droits ou libertés [. . .] autres » se rapportent nécessairement à des droits d’origine législative, susceptibles d’être abolis n’importe quand. Le fait que les accords conclus avec les bandes nommées stipulaient qu’ils ne créaient aucun droit autochtone est sans importance. L’article 25 ne crée aucun droit.

[119] L’intimé convient que l’application de la règle *ejusdem generis* permet de cerner la portée qu’on entendait donner aux mots « droits ou libertés [. . .] autres ». Au paragraphe 101 de son mémoire, l’intimé évoque le rapport tout à fait particulier des communautés autochtones de la Colombie-Britannique avec la pêche. Cela devrait suffire à établir un lien entre le droit de pêche donné aux Autochtones en vertu du programme pilote de vente et les droits envisagés à l’art. 25. Le droit de pêche a constamment fait l’objet de revendications fondées sur les droits ancestraux et les droits issus de traités, soit les termes énumérés dans les dispositions.

[120] En outre, l’intimé lui-même prétend que ces droits constituaient une première étape vers la constitution d’un droit issu d’un traité. Comme je l’ai déjà signalé dans les présents motifs, l’art. 25 reflète les notions de réconciliation et de négociation présentes dans le processus des traités et reconnues par la jurisprudence de notre Cour : *Nation Haida, Taku River*. Le juge en chef Brenner a examiné les droits et libertés offerts aux peuples autochtones participant au programme pilote de vente ainsi que l’importance du programme pour les peuples autochtones de la Colombie-Britannique (par. 93) :

[TRADUCTION] La SPA constituait une tentative visant à concilier cette relation tout à fait particulière



fishery by providing for a separately regulated fishery respectful of and sensitive to traditional aboriginal values. This was achieved through the negotiation of such matters as co-management of the fishery, allocation of fish and other matters of importance to aboriginal groups. It also provided an opportunity for communal licencing, which is of particular and unique importance to aboriginal communities.

[121] Finally, in my opinion, the right in this case is totally dependent on the exercise of powers given to Parliament under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* which deals with a class of persons, Indians. Here again it is interesting to note the parallel made between s. 93 and s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* by Estey J. in *Reference re Bill 30*, at p. 1206, where he says: “In this sense, s. 93 is a provincial counterpart of s. 91(24) (Indians, and lands reserved for Indians) which authorizes the Parliament of Canada to legislate for the benefit of the Indian population in a preferential, discriminatory, or distinctive fashion *vis-à-vis* others.” To argue that according these licences is not a right but an exercise of ministerial discretion is to privilege form over substance. The *Charter* cannot be interpreted as rendering unconstitutional the exercise of powers consistent with the purposes of s. 91(24), nor is it rational to believe that every exercise of the s. 91(24) jurisdiction requires a justification under s. 1. Section 25 is a necessary partner to s. 35(1); it protects s. 35(1) purposes and enlarges the reach of measures needed to fulfill the promise of reconciliation.

### 2.4.3 Potential Conflict

[122] I think it is established, in this case, that the right given by the pilot sales program is limited to Aboriginals and has a detrimental effect on non-aboriginal commercial fishers who operate in the same region as the beneficiaries of the program. It is also clear that the disadvantage is related to racial differences. Section 15 of the *Charter* is *prima facie* engaged. The right to equality afforded to every individual under s. 15 is not capable of

avec la nécessité de réglementer les pêches en instituant une pêche faisant l'objet d'une réglementation distincte, respectueuse des valeurs autochtones traditionnelles et sensible à ces valeurs. On y est parvenu en négociant des questions comme la cogestion de la pêche, la répartition du poisson et d'autres questions importantes pour les groupes autochtones. Elle prévoyait également la délivrance de permis communautaires, qui revêt une importance exceptionnelle pour les collectivités autochtones.

[121] À mon avis, enfin, le droit dont il est question en l'espèce dépend entièrement de l'exercice des pouvoirs conférés au Parlement par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui concerne une catégorie de personnes, soit les Indiens. Là encore, il est intéressant de relever le parallèle établi entre l'art. 93 et le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* par le juge Estey dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30*, p. 1206 : « En ce sens, l'art. 93 est l'équivalent provincial du par. 91(24) (les Indiens et les terres réservées aux Indiens) qui autorise le Parlement du Canada à légiférer au profit de la population indienne selon un mode préférentiel, discriminatoire ou distinctif, par rapport aux autres. » Soutenir que l'octroi de ces permis n'est pas un droit mais l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel, c'est privilégier la forme par rapport au fond. On ne peut interpréter la *Charte* comme si elle rendait inconstitutionnel l'exercice de pouvoirs conformes aux objectifs du par. 91(24), et il n'est pas logique de croire que tout exercice de la compétence établie au par. 91(24) exige une justification en vertu de l'article premier. L'article 25 est un compagnon indissociable du par. 35(1); il protège les objectifs du par. 35(1) et accroît la portée des mesures nécessaires pour que soit remplie la promesse de réconciliation.

### 2.4.3 Conflit potentiel

[122] Il est établi en l'espèce, à mon avis, que le droit conféré par le programme pilote de vente est limité aux Autochtones et a un effet préjudiciable aux pêcheurs commerciaux non autochtones actifs dans la même région que les bénéficiaires du programme. Il est clair aussi que le désavantage est lié à des différences raciales. L'article 15 de la *Charte* peut à première vue être invoqué. L'application du droit à l'égalité reconnu à tous en vertu de l'art. 15

application consistently with the rights of aboriginal fishers holding licences under the pilot sales program. There is a real conflict.

### 3. Conclusion

[123] Section 25 of the *Charter* applies in the present situation and provides a full answer to the claim. For this reason, I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: WeirFoulds, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Tsawwassen First Nation: Arvay Finlay, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Haisla Nation: Donovan & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Songhees Indian Band, the Malahat First Nation, the T'Sou-ke First Nation, the Snaw-naw-as (Nanoose) First Nation and the Beecher Bay Indian Band (collectively the Te'mexw Nations): Cook, Roberts, Victoria.*

n'est pas compatible avec les droits des pêcheurs autochtones titulaires de permis dans le cadre du programme pilote de vente. Il existe un conflit véritable.

### 3. Conclusion

[123] L'article 25 de la *Charte* s'applique en l'espèce et constitue une réponse complète à la revendication. Pour cette raison, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appelants : WeirFoulds, Toronto.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation Tsawwassen : Arvay Finlay, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation Haisla : Donovan & Company, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la bande indienne des Songhees, la Première nation Malahat, la Première nation des T'Sou-ke, la Première nation Snaw-naw-as (Nanoose) et la bande indienne de Beecher Bay (collectivement appelées Nations Te'mexw) : Cook, Roberts, Victoria.*

*Solicitors for the interveners the Heiltsuk Nation and the Musqueam Indian Band: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Cowichan Tribes: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitor for the interveners the Sportfishing Defence Alliance, the B.C. Seafood Alliance, the Pacific Salmon Harvesters Society, the Aboriginal Fishing Vessel Owners Association and the United Fishermen and Allied Workers Union: J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Japanese Canadian Fishermens Association: Canadian Constitution Foundation, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Atlantic Fishing Industry Alliance: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Nee Tahi Buhn Indian Band: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Tseshah First Nation: Braker & Company, West Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.*

*Procureurs des intervenantes la Nation Heiltsuk et la bande indienne des Musqueams : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante les tribus Cowichan : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureur des intervenantes Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, Aboriginal Fishing Vessel Owners Association et United Fishermen and Allied Workers Union : J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante Japanese Canadian Fishermens Association : Canadian Constitution Foundation, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante Atlantic Fishing Industry Alliance : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la bande indienne Nee Tahi Buhn : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation Tseshah : Braker & Company, West Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières nations : Pitblado, Winnipeg.*