

T-1313-05  
2007 FC 878

T-1313-05  
2007 CF 878

**Eugene Esquega, Brian King, Gwendoline King, Hugh King Sr., Rita King, Wayne King, Lawrence Shonias and Owen Barry** (*Applicants*)

**Eugene Esquega, Brian King, Gwendoline King, Hugh King, père, Rita King, Wayne King, Lawrence Shonias et Owen Barry** (*demandeurs*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: ESQUEGA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : ESQUEGA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)**

Federal Court, O’Keefe J.—Thunder Bay, February 19, 20; Ottawa, August 30, 2007.

Cour fédérale, juge O’Keefe—Thunder Bay, 19 et 20 février; Ottawa, 30 août 2007.

*Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review of decision by Governor in Council setting aside results of band election on ground three candidates not residing on-reserve for purposes of Indian Act, s. 75(1) — Band members living off-reserve facing disadvantage as result of legislation, policies designed to deny them right to participate in band governance — Holding fundamental interest in participating in band council, making decisions on behalf of band — Indian Act, s. 75(1) discriminating against off-reserve members by prohibiting them from participating in representative governance of band — S. 75(1) violates Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15, not justified under s. 1 — Application allowed.*

*Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la gouverneure en conseil a annulé les résultats de l’élection d’une bande parce que trois candidats ne résidaient pas sur la réserve pour les fins de l’art. 75(1) de la Loi sur les Indiens — Les membres de la bande vivant hors réserve ont subi un désavantage à cause de lois et de politiques conçues pour les priver du droit de participer à l’administration de leur bande — Ils détiennent le droit fondamental de participer au conseil de bande et de prendre des décisions pour le compte de leur bande — L’art. 75(1) de la Loi sur les Indiens est discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l’administration représentative de leur bande — L’art. 75(1) viole l’art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés et il n’est pas justifié au regard de l’article premier — Demande accueillie.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Applicants arguing residency requirement in Indian Act, s. 75(1) violates Charter, s. 15 by preventing band members living off-reserve from participating on band council — S. 75(1) imposing differential treatment between on-and off-reserve band members — “Aboriginality-residence” analogous ground of discrimination — Nature, scope of interest affected of fundamental importance to off-reserve band members — Act, s. 75(1) discriminating against off-reserve members by prohibiting them from participating in representative governance of band on basis of “Aboriginality-residence” status.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Les demandeurs ont prétendu que la condition de résidence prévue à l’art. 75(1) de la Loi sur les Indiens viole l’art. 15 de la Charte en empêchant les membres vivant hors réserve de faire partie du conseil de bande — L’art. 75(1) impose une différence de traitement entre les membres de la bande vivant sur la réserve et ceux vivant hors réserve — L’« autochtonité-lieu de résidence » est un motif analogue de discrimination — La nature et l’étendue du droit touché revêtent une importance fondamentale pour les membres de la bande qui vivent hors réserve — L’art. 75(1) de la Loi est discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l’administration représentative de leur bande en raison de leur statut découlant de l’« autochtonité-lieu de résidence ».*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Whether violation of Charter, s. 15 by residency requirement in Indian Act, s. 75(1) can be justified in free,*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Il s’agissait de savoir si la violation de l’art. 15 de la Charte en raison de la condition de résidence prévue à*

*democratic society under Charter, s. 1 — Outright ban upon participation in band council by off-reserve members not minimally impairing equality rights — Respondent not establishing complete denial of right of band members living off-reserve to become band councillors necessary to fulfill objectives — Indian Act, s. 75(1) violating Charter, s. 15, not justified under Charter, s. 1.*

*Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — Applicants submitting decision by Governor in Council setting aside results of band election breached duty of procedural fairness — Public authorities owing duty of procedural fairness to individuals when making administrative decisions affecting their interests — More than minimal procedural protections owed to applicants — Duty of procedural fairness breached by failure to disclose additional materials obtained as result of procedure set out in Indian Band Election Regulations, s. 12.*

*Practice — Mootness — Application for judicial review of Governor in Council's decision setting aside results of band election moot as term for which applicants elected expired, new election held — But application raising serious issues concerning constitutionality of provision evasive to review, arising continually in context of band elections — Issues representing live controversy between parties — Application should be heard, despite being moot.*

This was an application for judicial review of a decision by the Governor in Council setting aside the results of a band election because three candidates did not reside on-reserve for the purposes of subsection 75(1) of the *Indian Act*. Under that provision, no person other than an elector who resides in an electoral section may be nominated for the office of councillor to represent that section on the council of the band. The applicants, who are members of Gull Bay First Nation, were elected on November 8, 2004 to serve a two-year term as band councillors. In December 2004, three electors filed election appeals alleging that six of the candidates were ineligible since they did not reside on-reserve. An investigative report concluded that Brian King, Gwendoline King and Rita King did not reside on-reserve. The Governor in Council issued an Order in Council, wherein the election of all nine councillors

*l'art. 75(1) de la Loi sur les Indiens pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'art. premier de la Charte — Le fait d'interdire purement et simplement aux membres vivant hors réserve de participer au conseil de bande ne constitue pas une atteinte minimale à leurs droits à l'égalité — Le défendeur n'a pas démontré que la privation complète du droit des membres de la bande vivant hors réserve de devenir conseillers de la bande était nécessaire pour réaliser ses objectifs — L'art. 75(1) de la Loi sur les Indiens viole l'art. 15 de la Charte et il n'est pas justifié au regard de l'article premier de la Charte.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — Les demandeurs ont soutenu que la décision de la gouverneure en conseil d'annuler les résultats de l'élection de la bande manquait à l'obligation d'équité procédurale — Les autorités publiques ont une obligation d'équité procédurale envers les particuliers lorsqu'elles prennent des décisions administratives qui ont une incidence sur les droits de ces derniers — Les demandeurs avaient droit à plus que des garanties procédurales minimales — Il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale pour non-communication des documents additionnels obtenus dans le cadre de la procédure exposée à l'art. 12 du Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens.*

*Pratique — Caractère théorique — La demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la gouverneure en conseil a annulé les résultats de l'élection d'une bande n'avait qu'un caractère théorique parce que le mandat pour lequel les demandeurs avaient été élus était expiré et qu'une nouvelle élection avait eu lieu — Cependant, la demande soulevait d'importantes questions au sujet de la constitutionnalité d'une disposition qui est susceptible de n'être jamais soumise aux tribunaux et qui se pose constamment dans le contexte des élections des bandes — Les questions représentaient une controverse actuelle entre les parties — La demande devait être entendue même si elle était théorique.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la gouverneure en conseil a annulé les résultats de l'élection d'une bande parce que trois candidats ne résidaient pas sur la réserve pour les fins du paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*. Cette disposition précise que seul un électeur résidant dans une section électorale peut être présenté au poste de conseiller pour représenter cette section au conseil de la bande. Les demandeurs, qui sont membres de la Première nation de Gull Bay, ont été élus le 8 novembre 2004 pour un mandat de deux ans à titre de conseillers de la bande. En décembre 2004, trois électeurs ont interjeté appel de cette élection, alléguant que six des candidats étaient inéligibles parce qu'ils ne résidaient pas sur la réserve. Il ressort d'un rapport d'enquête que Brian King, Gwendoline King et Rita King ne résidaient pas sur la réserve. La gouverneure en

was set aside. The band council term expired on November 8, 2006. The following month, Gull Bay First Nation held an election and the applicants were re-elected as councillors. The issues were: (1) whether the application for judicial review was moot; (2) whether the Governor in Council breached the duty of procedural fairness; (3) whether the residency requirement in subsection 75(1) of the *Indian Act* violates section 15 of the Charter by denying the applicants the opportunity to participate on the council of Gull Bay First Nation based on the recognized analogous ground of Aboriginality-residence; (4) if the residency requirement violates section 15 of the Charter, whether it can be justified in a free and democratic society under section 1 of the Charter; and (5) what is the appropriate remedy for the applicants?

*Held*, the application should be allowed.

(1) This application for judicial review was technically moot. No live controversy existed with respect to the validity of the Governor in Council's Order in Council as the relevant band council term has expired. The issue thus was whether the Court should exercise its discretion to hear this application for judicial review, regardless of the fact that its underlying factual basis had disappeared. There was an adversarial context in this case. The applicants sought relief in the form of a declaration that the residency requirements in subsection 75(1) of the *Indian Act* is unconstitutional, not simply an order setting aside the decision of the Order in Council. Judicial economy concerns are relevant when deciding whether a court should hear a moot application. However, arguments regarding the scarcity of judicial resources may be trumped where the issue at hand is sufficiently important and evasive of review. Another relevant factor in determining whether to hear a moot case is the social cost of uncertainty in the law. There are important social consequences for the Gull Bay Band and bands across Canada, where uncertainty as to the law exists regarding the impugned residency requirements. This application raised serious issues concerning the constitutionality of a provision which is evasive to review and arises continually in the context of band elections. While the issues may not be "live" in the context of review of the Order in Council, they represent a live controversy between the parties. Consequently, the application should be heard, despite being moot.

(2) Public authorities owe a duty of procedural fairness to individuals when making administrative decisions which

conseil a pris un décret par lequel elle a annulé l'élection des neuf conseillers. Le mandat du conseil de la bande a expiré le 8 novembre 2006. Le mois suivant, la Première nation de Gull Bay a tenu une élection et les demandeurs ont été réélus comme conseillers. Il s'agissait de savoir : 1) si la demande de contrôle judiciaire avait un caractère théorique; 2) si la gouverneure en conseil avait manqué à son obligation d'équité procédurale; 3) si la condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* viole l'article 15 de la Charte en privant les demandeurs de la possibilité de faire partie du conseil de la Première nation de Gull Bay pour le motif analogue reconnu qu'est l'autochtonité-lieu de résidence; 4) si, lorsque la condition de résidence viole l'article 15 de la Charte, elle pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte; et 5) quelle réparation il convenait d'accorder aux demandeurs.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

1) La demande de contrôle judiciaire en l'espèce était techniquement théorique. Il n'y avait pas de litige actuel au sujet de la validité du décret de la gouverneure en conseil car le mandat en cause du conseil de bande était expiré. Il s'agissait donc de savoir si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour entendre cette demande de contrôle judiciaire, même si son fondement factuel avait disparu. Il y avait en l'espèce un débat contradictoire. Les demandeurs réclamaient à titre de réparation un jugement déclaratoire que la condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* est inconstitutionnelle, et pas seulement une ordonnance annulant la décision prise par le décret. Le souci d'économie des ressources judiciaires est pertinent lorsqu'il faut décider si un tribunal doit entendre ou non une demande à caractère théorique. Cependant, le fait que la question en litige soit suffisamment importante et susceptible de ne jamais être soumise aux tribunaux peut prendre le pas sur les arguments concernant la rareté des ressources judiciaires. Un autre facteur qui est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient d'entendre ou non une affaire théorique est le coût social de l'incertitude de la loi. L'incertitude de la loi quant aux conditions de résidence contestées entraîne d'importantes conséquences sociales pour la bande de Gull Bay et d'autres bandes au Canada. La demande en l'espèce a soulevé d'importantes questions au sujet de la constitutionnalité d'une disposition qui est susceptible de n'être jamais soumise aux tribunaux et qui se pose constamment dans le contexte des élections des bandes. Bien qu'elles ne soient peut-être pas « actuelles » dans le contexte du contrôle du décret, ces questions représentent une controverse actuelle entre les parties. En conséquence, la demande devrait être entendue même si elle est théorique.

2) Les autorités publiques ont une obligation d'équité procédurale envers les particuliers lorsqu'elles prennent des

affect their interests. Based on the various factors in determining the appropriate level of procedural fairness to be afforded, more than minimal procedural protections were owed to the applicants. The *Indian Band Election Regulations*, section 12 establishes a procedure through which the Minister of Indian and Northern Affairs Canada may gather information regarding an election appeal. The duty of procedural fairness requires that the candidates whose eligibility for band council has been contested be provided with full disclosure of the allegations and supporting documents which became part of the record through the process designated under section 12 of the Regulations. The duty of procedural fairness owed to the applicants was breached by failing to disclose the additional materials obtained as a result of the procedure set out in section 12 of the Regulations.

(3) Applying the three-step test for determining whether a legislative provision violates section 15 of the Charter set out by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the parties agreed that the first two steps were met. Subsection 75(1) of the *Indian Act* imposes differential treatment between on- and off-reserve band members and “Aboriginality-residence” is an analogous ground of discrimination. The remaining issue was whether subsection 75(1) of the *Indian Act* has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. Band members who live off-reserve are discriminated against under step three of the *Law* test. They have historically faced disadvantage as a result of legislation and policies designed to deny them the right to participate in band governance. There is no correspondence between the willingness or ability of off-reserve band members to participate in band council, and their residency status. The nature and scope of the interest affected is of fundamental importance to off-reserve band members. While these members now have the right to vote in band council elections, they hold a fundamental interest in participating in band council and making decisions on behalf of their band.

(4) In order for a Charter violation to be justified in a free and democratic society under section 1, it must be determined whether the legislative goal is pressing and substantial, and whether the means chosen to attain this legislative end are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. The goal of ensuring those with the most immediate connection to the reserve had a special ability to control its future may legitimately be characterized as pressing and substantial. However, the outright ban upon participation in

décisions administratives qui ont une incidence sur les droits de ces derniers. Compte tenu des divers facteurs servant à déterminer quel est le degré d'équité procédurale qu'il convient d'accorder, c'était plus que des garanties procédurales minimales qui étaient dues aux demandeurs. L'article 12 du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* établit un mécanisme par lequel le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien peut recueillir des renseignements sur un appel en matière d'élection. L'obligation d'équité procédurale exige que l'on communique aux candidats dont on conteste l'éligibilité au conseil de la bande la totalité des allégations et des pièces s'y rapportant qui ont été ajoutées au dossier dans le cadre du processus exposé à l'article 12 du Règlement. Il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale due aux demandeurs pour non-communication des documents additionnels obtenus dans le cadre de la procédure exposée à l'article 12 du Règlement.

3) En appliquant le critère à trois volets qui permet de déterminer si une disposition législative viole l'article 15 de la Charte et qui a été exposé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, les parties ont convenu que les deux premiers volets ont été établis. Le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* impose une différence de traitement entre les membres de la bande vivant sur la réserve et ceux vivant hors réserve et l'« autochtonité-lieu de résidence » est un motif analogue de discrimination. La question qu'il restait à trancher était celle de savoir si le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* a un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité. Les membres de la bande vivant hors réserve sont victimes de discrimination au sens du troisième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Law*. Ils ont subi un désavantage historique à cause de lois et de politiques conçues pour les priver du droit de participer à l'administration de leur bande. Il n'y a pas de correspondance entre la volonté ou la capacité des membres d'une bande vivant hors réserve de participer au conseil de bande et leur statut sur le plan de la résidence. La nature et l'étendue du droit touché revêtent une importance fondamentale pour les membres de la bande qui vivent hors réserve. Bien que ces membres aient maintenant le droit de voter aux élections du conseil de bande, ils détiennent le droit fondamental de participer au conseil de bande et de prendre des décisions pour le compte de leur bande.

4) Pour qu'une violation de la Charte se justifie dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier, il faut établir si l'objectif législatif est urgent et réel et si le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif est raisonnable et peut se justifier dans une société libre et démocratique. L'objectif de veiller à ce que ceux qui possèdent les liens les plus directs avec la réserve aient la capacité spéciale de décider de son avenir peut légitimement être qualifié d'urgent et de réel. Toutefois, le fait d'interdire purement et simplement

band council by off-reserve members does not minimally impair their equality rights. The respondent did not establish that the complete denial of the right of band members living off-reserve to become band councillors is necessary to fulfill its objectives. Subsection 75(1) of the *Indian Act* violates section 15 of the Charter and is not justified under section 1.

(5) It was appropriate to delay the declaration of invalidity of the provision pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982* for a period of nine months so that band electors become aware of the decision and to allow the respondent time to amend this provision in a manner that it would no longer be in breach of the Charter.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15, 24.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 74, 75, 76, 77 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14), 79.
- Indian Band Council Procedure Regulations*, C.R.C., c. 950, s. 31.
- Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952, ss. 2 “elector” (as am. by SOR/2000-391, s. 1), 3 (as am. *idem*, s. 2), 12 (as am. *idem*, s. 11), 13, 14.
- Order setting aside the election of nine councillors of the Gull Bay Band in Ontario*, Order in Council P.C. 2005-1289.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th)

aux membres vivant hors réserve de participer au conseil de bande ne constitue pas une atteinte minimale à leurs droits à l'égalité. Le défendeur n'a pas établi que la privation complète du droit des membres de la bande vivant hors réserve de devenir conseillers de la bande est nécessaire pour réaliser ses objectifs. Le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* viole l'article 15 de la Charte et il n'est pas justifié au regard de l'article premier.

5) La réparation qui convenait était de suspendre la déclaration d'invalidité de la disposition, en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pendant une période de neuf mois afin de permettre aux électeurs de la bande de prendre connaissance de la décision et de donner du temps au défendeur pour modifier la disposition de façon qu'elle ne viole plus la Charte.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24.
- Décret annulant l'élection de neuf conseillers de la bande indienne Gull Bay Band, en Ontario*, Décret C.P. 2005-1289.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 74, 75, 76, 77 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 14), 79.
- Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 950, art. 31.
- Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952, art. 2 « électeur » (mod. par DORS/2000-391, art. 1), 3 (mod., *idem*, art. 2), 12 (mod., *idem*, art. 11), 13, 14.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.

CONSIDERED:

*Clifton v. Hartley Bay Indian Band*, [2006] 2 F.C.R. 24; [2005] 4 C.N.L.R. 161; (2005), 133 C.R.R. (2d) 156; 277 F.T.R. 201; 2005 FC 1030; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; (2003), 218 N.S.R. (2d) 311; 232 D.L.R. (4th) 577; 45 C.P.C. (5th) 1; 112 C.R.R. (2d) 202; 312 N.R. 1; 2003 SCC 62; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1.

REFERRED TO:

*Oberlander v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 F.C.R. 3; (2004), 241 D.L.R. (4th) 146; 320 N.R. 366; 2004 FCA 213; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209; [1946] 1 D.L.R. 689; [1946] C.T.C. 51; *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341; (1999), 70 C.R.R. (2d) 133; 12 Imm. L.R. (3d) 12; 250 N.R. 385 (C.A.); *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519; (2002), 218 D.L.R. (4th) 577; 168 C.C.C. (3d) 449; 5 C.R. (6th) 203; 98 C.R.R. (2d) 1; 294 N.R. 1; 2002 SCC 68; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; (1998), 212 A.R. 161; 155 D.L.R. (4th) 1; 16 Nfld. & P.E.I.R. 124; 126 Man. R. (2d) 96; 50 Admin. L.R. (2d) 273; 121 C.C.C. (3d) 474; 15 C.P.C. (4th) 306; 223 N.R. 21; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; *Siksika Nation v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2004), 27 Admin. L.R. (4th) 74; [2005] 1 C.N.L.R. 117; 261 F.T.R. 268; 2004 FC 1342; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392; (2005), 263 D.L.R. (4th) 113; 44 Admin. L.R. (4th) 4; [2006] CLLC 230-002; 344 N.R. 257; 2005 FCA 404; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Giroux v. Swan River First Nation* (2006), 288 F.T.R. 55; 2006 FC 285; *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; (1985), 24 D.L.R. (4th)

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*, [2006] 2 R.C.F. 24; 2005 CF 1030; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; 2002 CSC 62; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97.

DÉCISIONS CITÉES :

*Oberlander c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.F. 3; 2004 CAF 213; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209; *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.); *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519; 2002 CSC 68; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nation Siksika c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2004 CF 1342; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392; 2005 CAF 404; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Giroux c. Première nation de Swan River*, 2006 CF 285; *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

44; [1986] 1 W.W.R. 577; 69 B.C.L.R. 255; 16 Admin. L.R. 233; 23 C.C.C. (3d) 118; 49 C.R. (3d) 35; 63 N.R. 353; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201.

## AUTHORS CITED

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1996.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Governor in Council setting aside the results of the Gull Bay First Nation election because three candidates did not reside on-reserve for the purposes of subsection 75(1) of the *Indian Act*. Application allowed.

## APPEARANCES:

*T. Michael Strickland* and *Chantelle J. Bryson* for applicants.  
*Michael G. Roach* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Buset & Partners LLP*, Thunder Bay, Ontario, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] O'KEEFE J.: This is an application pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], for judicial review of a decision of the Governor in Council, made by way of Order in Council P.C. 2005-1289 (OIC), dated June 28, 2005 [*Order setting aside the election of nine councillors of the Gull Bay Band in Ontario*]. The Governor in Council set aside the results of the Gull Bay First Nation election of November 8, 2004, pursuant to paragraph 79(c) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, because three candidates did not reside on-reserve for

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*. Ottawa : Ministre des Approvisionnement et Services, 1996.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la gouverneure en conseil a annulé les résultats de l'élection de la Première nation de Gull Bay parce que trois candidats ne résidaient pas sur la réserve pour les fins du paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*T. Michael Strickland* et *Chantelle J. Bryson* pour les demandeurs.  
*Michael G. Roach* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Buset & Partners LLP*, Thunder Bay (Ontario) pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE : Il s'agit d'une demande présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], en vue de soumettre à un contrôle judiciaire une décision de la gouverneure en conseil, rendue par le décret C.P. 2005-1289 (le décret), daté du 28 juin 2005 [*Décret annulant l'élection de neuf conseillers de la bande indienne Gull Bay Band, en Ontario*]. La gouverneure en conseil a annulé les résultats de l'élection du 8 novembre 2004 de la Première nation de Gull Bay, en vertu de l'alinéa 79c)

the purposes of subsection 75(1) of the *Indian Act*. Pursuant to the order of Chief Justice Lutfy, dated January 26, 2007, the mootness issue shall be incorporated as part of this application.

[2] The applicants seek:

1. an order allowing this application for judicial review;

2. a declaration that the residency requirement in subsection 75(1) of the *Indian Act* violates section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and is not justified under section 1;

3. an order striking down subsection 75(1) of the *Indian Act*;

4. an order quashing the OIC for lack of jurisdiction and error of law;

5. an order quashing and setting aside the OIC because the Governor in Council erred in making it; and

6. costs on a solicitor-client basis.

[3] The respondent requests that this application be dismissed with costs.

[4] Judgment was issued in this matter on August 20, 2007.

#### Background

[5] This case involves an application for judicial review of a decision by the Governor in Council setting aside the results of a band election, as well as the constitutionality of the residency requirement for band council positions. Approximately 260 First Nation Bands, including Gull Bay First Nation, have adopted the electoral code under the *Indian Act* and

de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, parce que trois candidats ne résidaient pas sur la réserve pour les fins du paragraphe 75(1) de cette Loi. Conformément à l'ordonnance du juge en chef Lutfy datée du 26 janvier 2007, la question du caractère théorique sera intégrée à la présente demande.

[2] Les demandeurs sollicitent :

1. une ordonnance accueillant la présente demande de contrôle judiciaire;

2. une déclaration portant que la condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* viole l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), et n'est pas justifiée aux termes de l'article premier de la Charte;

3. une ordonnance annulant le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*;

4. une ordonnance annulant le décret pour absence de compétence et erreur de droit;

5. une ordonnance annulant le décret parce que la gouverneure en conseil a commis une erreur en le prenant;

6. les dépens sur la base avocat-client.

[3] Le défendeur conclut au rejet de la présente demande avec dépens.

[4] Le jugement dans cette affaire a été rendu le 20 août 2007.

#### Le contexte

[5] Il est question en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire visant, d'une part, une décision par laquelle la gouverneure en conseil a annulé les résultats d'une élection de bande et, d'autre part, la constitutionnalité de la condition de résidence qui s'applique aux postes de conseillers de la bande. Environ 260 bandes des Premières nations, dont la Première nation de Gull



the *Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952 (the Regulations).

[6] The applicants are members of Gull Bay First Nation. They were elected to serve a two-year term as band councillors following an election held on November 8, 2004. In December 2004, three electors filed election appeals alleging that six of the candidates (Eugene Esquega, Brian King, Gwendoline King, Hugh King, Sr., Rita King and Wayne King) were ineligible, since they did not reside on-reserve. About 55 percent of the 644 electors in Gull Bay First Nation live off-reserve.

[7] Copies of the appeals and supporting documents were sent to the electoral officer and all of the candidates in January 2005. The six applicants responded to the allegations by submitting affidavits to the Department of Indian and Northern Affairs Canada later that month. The Minister also obtained additional information from the electors who filed the appeal and from a band elder. This information was not disclosed to the applicants. The Minister considered the materials submitted inadequate for determining the validity of the election, and appointed Isaac Larry Dyck to investigate the allegations in March 2005. Mr. Dyck conducted investigations from March 22 until April 6, 2005, in order to determine the residency of the six applicants at the time of the nomination meeting on September 2, 2004.

[8] The investigative report was submitted to the Minister on April 26, 2005, and concluded that Brian King, Gwendoline King, and Rita King did not reside on-reserve. This report was not provided to the applicants. After receiving the report, Christine Aubin, then Acting Director of Band Governance, recommended that the Minister report to the Governor in Council that Brian King, Gwendoline King and Rita King were ineligible candidates for band council. Ms. Aubin also recommended that the election of all nine councillors be set aside, since the ineligibility of three candidates would have affected the election results.

Bay, ont adopté le code électoral que prévoient la *Loi sur les Indiens* et le *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952 (le Règlement).

[6] Les demandeurs, qui sont membres de la Première nation de Gull Bay, ont été élus pour un mandat de deux ans à titre de conseillers de la bande à la suite d'une élection tenue le 8 novembre 2004. Au mois de décembre suivant, trois électeurs ont interjeté appel par rapport à cette élection, alléguant que six des candidats —Eugene Esquega, Brian King, Gwendoline King, Hugh King, père, Rita King et Wayne King—étaient inéligibles parce qu'ils ne résidaient pas sur la réserve. Environ 55 % des 644 électeurs qui font partie de cette Première nation vivent en dehors de la réserve.

[7] En janvier 2005, des copies des documents introductifs d'appel et des pièces justificatives ont été envoyées au président d'élection et à tous les candidats. Les six demandeurs ont répondu aux allégations en envoyant des affidavits au ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada plus tard ce mois-là. Le ministre a également obtenu des renseignements additionnels auprès des électeurs qui avaient interjeté appel ainsi que d'un aîné de la bande. Ces renseignements n'ont pas été communiqués aux demandeurs. Estimant que les documents soumis n'étaient pas suffisants pour déterminer la validité de l'élection, le ministre a désigné, en mars 2005, Isaac Larry Dyck pour faire enquête sur les allégations. Ce dernier a mené son enquête du 22 mars au 6 avril 2005 afin de déterminer où résidaient les six demandeurs à l'époque de l'assemblée de mise en candidature, tenue le 2 septembre 2004.

[8] Le rapport d'enquête a été remis au ministre le 26 avril 2005, et il y était conclu que Brian King, Gwendoline King et Rita King ne résidaient pas sur la réserve. Ce rapport n'a pas été fourni aux demandeurs. Après l'avoir reçu, Christine Aubin, alors directrice intérimaire, Administration des bandes, a recommandé que le ministre déclare à la gouverneure en conseil que Brian King, Gwendoline King et Rita King étaient des candidats inéligibles au conseil de bande. M<sup>me</sup> Aubin a également recommandé que l'élection des neuf conseillers soit annulée, car l'inéligibilité de trois candidats aurait eu une incidence sur les résultats de l'élection.

[9] The Governor in Council issued an OIC dated June 28, 2005, wherein the election of all nine councillors was set aside. The applicants filed a notice of application for judicial review of the OIC on July 28, 2005. By order dated August 10, 2005 [*Gull Bay First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1097], Justice Lemieux ordered that the applicants be reinstated as councillors, and granted an injunction preventing a by-election pending the result of this application for judicial review. The band council term expired on November 8, 2006. On December 14, 2006, Gull Bay First Nation held an election and the applicants were re-elected as councillors. On January 25, 2007, another election appeal was filed alleging that Rita King and Gwendoline King were not ordinarily resident on-reserve.

#### Minister's Recommendation

[10] The Gull Bay Election Appeal Report, dated May 30, 2005, was prepared by Christine Aubin, Assistant Director of Band Governance.

#### Order in Council P.C. 2005-1289

[11] The OIC, dated June 28, 2005, is reproduced below:

Whereas, on November 8, 2004, the Gull Bay Band, in the Province of Ontario, held an election for a chief and nine councillors, the summary of which is set out in the annexed schedule;

Whereas, in accordance with paragraph 14(c) of the *Indian Band Elections Regulations*, the Minister of Indian Affairs and Northern Development has reported that three persons nominated to be candidates for councillor were ineligible to be candidates as they did not reside on the reserve at the time of their nomination, as required by subsection 75(1) of the *Indian Act*;

Therefore, Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Indian Affairs and Northern Development, pursuant to paragraph 79(c) of the *Indian Act*, hereby sets aside the election, on November 8, 2004, of Lawrence Shonias, Eugene Esquega, Hugh King, Owen Barry, Brian King, Rita King, Wayne King, Gwendoline King and Isidore Poile as councillors of the Gull Bay Band, in the Province of Ontario.

[9] Par décret daté du 28 juin 2005, la gouverneure en conseil a annulé l'élection des neuf conseillers. Le 28 juillet 2005, les demandeurs ont présenté un avis de demande de contrôle judiciaire concernant ce décret. Par ordonnance datée du 10 août 2005 [*Première Nation de Gull Bay c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1097], le juge Lemieux a ordonné que les demandeurs soient réintégrés comme conseillers et il a accordé une injonction empêchant la tenue d'une élection complémentaire en attendant l'issue de la présente demande de contrôle judiciaire. Le mandat du conseil de la bande a expiré le 8 novembre 2006. Le 14 décembre suivant, la Première nation de Gull Bay a tenu une élection et les demandeurs ont été réélus comme conseillers. Le 25 janvier 2007, un autre appel a été interjeté relativement à l'élection, alléguant que Rita King et Gwendoline King ne résidaient pas ordinairement sur la réserve.

#### La recommandation du ministre

[10] Le rapport portant sur l'appel relatif à l'élection de Gull Bay, daté du 30 mai 2005, a été préparé par Christine Aubin, directrice adjointe, Administration des bandes.

#### Le décret C.P. 2005-1289

[11] Le texte du décret, daté du 28 juin 2005, est reproduit ci-dessous :

Attendu que, le 8 novembre 2004, la bande indienne Gull Bay, dans la province d'Ontario, a tenu une élection pour élire un chef et neuf postes de conseiller, le sommaire de cette élection figurant à l'annexe ci-jointe;

Attendu que, en vertu de l'alinéa 14c) du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a indiqué dans son rapport que trois personnes présentées comme candidats aux postes de conseiller à l'élection étaient inadmissibles à ce titre du fait qu'ils ne résidaient pas sur la réserve lors de leur mise en candidature, tel que le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* le requiert,

À ces causes, sur recommandation du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et en vertu de l'alinéa 79c) de la *Loi sur les Indiens*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil annule l'élection du 8 novembre 2004, dans laquelle Lawrence Shonias, Eugene Esquega, Hugh King, Owen Barry, Brian King, Rita King, Wayne King, Gwendoline King et Isidore Poile ont été élus conseillers de la bande indienne Gull Bay, dans la province d'Ontario.

Issues

[12] The applicants submitted the following issues for consideration:

1. What is the appropriate standard of review of the decision of the Governor in Council?
2. Did the Governor in Council breach the duty of procedural fairness owed to the applicants?
3. Does the requirement to “reside” on the reserve in subsection 75(1) of the *Indian Act* violate section 15 of the Charter by denying the applicants the opportunity to participate on the council of Gull Bay First Nation on the basis of the recognized analogous ground of Aboriginality residence?
4. If this requirement to “reside” violates section 15 of the Charter, can it be justified in a free and democratic society under section 1 of the Charter?
5. What is the appropriate remedy for the applicants should the Court find that the requirement to “reside” in subsection 75(1) of the *Indian Act* is unconstitutional and, therefore, that Order in Council P.C. 2005-1289 was issued without jurisdiction and in error of law?

[13] The respondent submitted the following issues for consideration:

1. Did the Governor in Council violate the duty of procedural fairness?
2. Did the Governor in Council err in setting aside the election of the Gull Bay First Nation Band Council?
3. Is section 75 of the *Indian Act* contrary to section 15 of the Charter, and if so, can it be saved under section 1 of the Charter?
4. Is the application for judicial review moot?

Les questions en litige

[12] Les demandeurs ont soumis à l’examen de la Cour les questions suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle qui s’applique à la décision de la gouverneure en conseil?
2. La gouverneure en conseil a-t-elle manqué à son obligation d’équité procédurale envers les demandeurs?
3. La condition de « résidence » sur la réserve, prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*, viole-t-elle l’article 15 de la Charte en privant les demandeurs de la possibilité de faire partie du conseil de la Première nation de Gull Bay pour le motif analogue reconnu qu’est l’« autochtonité-lieu de résidence »?
4. Si cette condition de « résidence » viole l’article 15 de la Charte, sa justification peut-elle se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la Charte?
5. Quelle réparation convient-il d’accorder aux demandeurs si la Cour conclut que la condition de « résidence » prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* est inconstitutionnelle et que, de ce fait, le décret C.P. 2005-1289 a été pris sans compétence et constitue une erreur de droit?

[13] Le défendeur a soumis à l’examen de la Cour les questions suivantes :

1. La gouverneure en conseil a-t-elle manqué à son obligation d’équité procédurale?
2. La gouverneure en conseil a-t-elle commis une erreur en annulant l’élection du conseil de bande de la Première nation de Gull Bay?
3. L’article 75 de la *Loi sur les Indiens* viole-t-il l’article 15 de la Charte et, dans l’affirmative, peut-il être sauvé par l’article premier de la Charte?
4. La demande de contrôle judiciaire n’a-t-elle qu’un caractère théorique?

### Applicants' Submissions

#### I. Judicial Review of the OIC

[14] The applicants submitted that where the Governor in Council bases its decision on information from a Minister's report, and there was no evidence otherwise, its reasons for the decision were those of the Minister (see *Oberlander v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 F.C.R. 3 (F.C.A.)).

##### (a) Standard of Review

[15] The applicants applied the pragmatic and functional approach in order to determine the appropriate standard of review (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817). It was submitted that:

1. The *Indian Act* did not contain a privative clause, which pointed to a lower level of deference;

2. The decision maker was the Governor in Council, which pointed to a high level of deference. However, it had little experience addressing legal issues;

3. The purpose of the provision and of the Act as a whole pointed to a stricter standard of review. It was submitted that the discretion conferred was limited with respect to the circumstances in which decision-making authority could be exercised. Also, the decision related directly to the interests of individuals running for council, not a balancing of interests; and

4. The question was one of mixed fact and law.

[16] The applicants submitted that the standard of review applicable to the interpretation of provisions of the *Indian Act* and matters of procedural fairness was correctness. It was submitted that the OIC was reviewable on the standard of reasonableness.

##### (b) Review of OIC

[17] The applicants submitted that the term "reside" included occasional residence, while the term

### Les observations des demandeurs

#### I. Le contrôle judiciaire du décret

[14] Les demandeurs font valoir que lorsque la gouverneure en conseil fonde sa décision sur des renseignements provenant d'un rapport du ministre et qu'il n'existe pas d'éléments de preuve contraires, ses motifs de décision sont ceux du ministre (voir *Oberlander c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.F. 3 (C.A.F.)).

##### a) La norme de contrôle

[15] Les demandeurs ont eu recours à l'approche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable (voir *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817). Ils ont exprimé l'avis que :

1. la *Loi sur les Indiens* ne comporte pas de clause privative, ce qui milite en faveur d'un degré moindre de déférence;

2. le décideur est la gouverneure en conseil, ce qui milite en faveur d'un degré supérieur de déférences. Cependant, celle-ci a peu d'expérience des questions de droit;

3. l'objet de la disposition et de la Loi dans son ensemble vise une norme de contrôle plus stricte. Le pouvoir discrétionnaire conféré est restreint en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles le pouvoir décisionnel peut être exercé. En outre, la décision a directement trait aux droits des personnes se présentant comme candidates au conseil, et non à une pondération de droits; et

4. la question en litige est une question mixte de fait et de droit.

[16] Les demandeurs ont fait valoir que la norme de contrôle qui s'applique à l'interprétation des dispositions de la *Loi sur les Indiens* et aux questions d'équité procédurale est celle de la décision correcte. Le décret était, selon eux, contrôlable selon la norme de la décision raisonnable.

##### b) Le contrôle judiciaire du décret

[17] Les demandeurs ont fait valoir que le terme « résider » englobe la résidence occasionnelle, tandis

“ordinarily resident” suggested more than occasional residence (see *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] S.C.R. 209). The applicants noted that the investigator’s report and the Minister’s recommendation treated these terms synonymously. It was submitted that the Governor in Council violated the principle of statutory construction that every word in a legislative text must be given its own meaning. The applicants submitted that the Governor in Council erred in interpreting the word “resides” under section 75(1) of the *Indian Act* as having the same meaning as “ordinarily resident.”

## II. Constitutionality of Subsection 75(1) of the *Indian Act*

[18] The applicants submitted that when a decision is subject to judicial review, the constitutional validity of the legislative provision in question must be determined in order to find out whether the decision was made properly (see *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341 (C.A.)).

### (a) Section 15

[19] The applicants applied the test for determining whether a legislative provision violated section 15 of the Charter found in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. Both parties agreed that the first and second steps of the test were satisfied, since subsection 75(1) of the *Indian Act* drew a distinction between band members living on or off the reserve by prohibiting off-reserve members from becoming councillors on the analogous ground of “Aboriginality-residence” (see *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203).

[20] The third step required a determination of whether the provision discriminated against the applicants within the meaning of section 15 of the Charter. The applicants therefore proceeded to apply the relevant contextual factors set out in *Law*, above.

que le terme « résider ordinairement » vise plus que la résidence occasionnelle (voir *Thomson v. The Minister of National Revenue*, [1946] R.C.S. 209). Ils ont fait remarquer que le rapport de l’enquêteur et la recommandation du ministre traitaient ces termes comme des synonymes. Ils ont ajouté que la gouverneure en conseil avait violé le principe de l’interprétation législative selon lequel il convient, dans un texte législatif, de donner à chaque terme le sens qui lui est propre. Ils ont fait valoir que la gouverneure en conseil avait commis une erreur en attribuant au terme « résidant », au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*, le même sens que le terme « réside ordinairement ».

## II. La constitutionnalité du paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*

[18] Selon les demandeurs, lorsqu’une décision est soumise à un contrôle judiciaire, il faut déterminer la validité constitutionnelle de la disposition législative en cause afin de vérifier si la décision a été prise convenablement (voir *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.)).

### a) L’article 15

[19] Les demandeurs ont appliqué le critère servant à déterminer si une disposition législative viole l’article 15 de la Charte; ce critère figure dans l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Les deux parties ont convenu que les premier et deuxième volets du critère étaient respectés, car le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* fait une distinction entre les membres de la bande vivant sur une réserve et les membres de la bande vivant hors réserve en interdisant à ces derniers de devenir conseillers pour le motif analogue de l’« autochtonité-lieu de résidence » (voir *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203).

[20] Le troisième volet exige que l’on décide si la disposition est discriminatoire envers les demandeurs au sens de l’article 15 de la Charte. Les demandeurs ont donc entrepris d’appliquer les facteurs contextuels pertinents qui sont énoncés dans l’arrêt *Law*, précité.

[21] The applicants submitted that the Gull Bay Band was a distinct body politic, defined by its membership, family ties, and historical land use—not geography. It was submitted that off-reserve band members suffered pre-existing disadvantage in comparison to on-reserve members (see the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, 1996). The applicants submitted that the legislative history of the governance provisions of the *Indian Act* and Regulations supported the findings of the Royal Commission that residency restrictions were used to assimilate Aboriginal people through political disenfranchisement. In *Corbiere* above, the Supreme Court of Canada found no correspondence between residency requirements underlying the right to vote in band elections and the desire or ability of off-reserve members to participate in the representative governance of their First Nation (see also *Clifton v. Hartley Bay Indian Band*, [2006] 2 F.C.R. 24 (F.C.)).

[22] The respondent suggested that residency requirements had a dual purpose in ensuring that council members had a heightened knowledge of reserve issues and were more accessible to band members. However, Lynn Ashkewe admitted under cross-examination that a band council consisting solely of on-reserve members would not ensure access for the majority of electors, who live off-reserve. There was also no evidence that the current Gull Bay Band Council was out of touch with reserve issues. In *Corbiere* above, the Supreme Court rejected the argument that band councils addressed only reserve issues and that such issues dealt with by council only affected on-reserve band members.

[23] The applicants submitted that the interest at stake was the democratic right of participation in the representative governance of their Band. In *Hartley* above, the Court applied the reasoning in *Corbiere* and held that the six-month residency requirement for electors violated section 15 of the Charter and was not saved by section 1, as it prohibited off-reserve band

[21] Les demandeurs ont fait valoir que la bande de Gull Bay est une entité juridique distincte, définie par ses membres et ses liens familiaux, ainsi que par une utilisation historique de ses terres—et non par la géographie. Ils ont ajouté que les membres de la bande vivant hors réserve ont subi un désavantage préexistant par rapport aux membres vivant sur la réserve (voir le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, 1966). Ils ont fait valoir que l'historique législatif des dispositions de la Loi et du Règlement relatives à l'administration étaye les conclusions de la Commission royale, à savoir que les restrictions en matière de résidence ont servi à assimiler les peuples autochtones par la privation politique du droit de vote. Dans l'arrêt *Corbiere*, précité, la Cour suprême du Canada n'a trouvé aucune correspondance entre les conditions de résidence qui sous-tendaient le droit de voter aux élections d'une bande et le désir ou la capacité des membres vivant hors réserve de participer à l'administration représentative de leur Première nation (voir aussi *Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*, [2006] 2 R.C.F. 24 (C.F.)).

[22] Le défendeur a laissé entendre que les conditions de résidence visent un double objectif : veiller à ce que les membres du conseil aient une meilleure connaissance des questions touchant la réserve et qu'ils soient plus accessibles aux membres de la bande. Cependant, Lynn Ashkewe a reconnu en contre-interrogatoire qu'un conseil de bande formé uniquement de membres vivant sur la réserve n'assurerait pas l'accès à la majorité des électeurs, qui vivent hors réserve. De plus, il n'y avait aucune preuve que l'actuel conseil de la bande de Gull Bay n'était pas au courant des questions touchant la réserve. Dans l'arrêt *Corbiere*, précité, la Cour suprême a rejeté l'argument portant que les conseils de bande ne traitaient que des questions relatives à la réserve et que les questions dont s'occupait le conseil ne touchaient que les membres de la bande vivant sur la réserve.

[23] D'après les demandeurs, le droit en jeu est le droit démocratique de participer à l'administration représentative de leur bande. Dans la décision *Hartley*, précitée, la Cour, appliquant le raisonnement exposé dans l'arrêt *Corbiere*, a déclaré que la condition de résidence depuis six mois que l'on imposait aux électeurs violait l'article 15 de la Charte et n'était pas

members from participating in the representative governance of their band. While *Hartley* involved the band custom electoral system, the Court has held that the reasoning in *Corbiere* applied equally to custom and *Indian Act* electoral systems.

(b) Section 1

[24] The applicants submitted that the respondent had to present evidence of the clear purpose of an impugned provision (see *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519). Under cross-examination, Ms. Ashkewe admitted that the purpose identified above was her personal conclusion only. It was submitted that the true purpose of the residency requirement was to disenfranchise off-reserve band members of their right to participate in the governance of their band, in an effort to assimilate them. Therefore, this was an unconstitutional and discriminatory purpose.

[25] In the alternative, it was submitted that the purpose identified by the respondent was irrational. On-reserve councillors would not be more accessible to the majority of band members, as they live off-reserve. Ms. Ashkewe admitted under cross-examination that off-reserve councillors would be more accessible to off-reserve band members. In *Corbiere* above, the Supreme Court determined that band councils had a significant effect upon off-reserve members. The applicants filed affidavits demonstrating their knowledge of reserve issues, and the impact of council decisions upon off-reserve members. It was submitted that the residency requirement had no rational connection to the purpose, since neither the *Indian Act* nor the Regulations required a location for council meetings, frequency or notice of such meetings, or the opportunity for band members to participate in them.

justifiée au regard de l'article premier de celle-ci, car cette condition interdisait aux membres de la bande vivant hors réserve de participer à l'administration représentative de leur bande. La décision *Hartley* avait trait au régime électoral coutumier de la bande, mais la Cour a déclaré que le raisonnement exposé dans l'arrêt *Corbiere* s'appliquait de manière égale au régime électoral coutumier et au régime électoral prévu par la *Loi sur les Indiens*.

b) L'article premier

[24] Les demandeurs ont fait valoir que le défendeur devait produire une preuve de l'objet évident d'une disposition contestée (voir *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519). En contre-interrogatoire, M<sup>me</sup> Ashkewe a reconnu que l'objet indiqué ci-dessus ne représentait que sa conclusion personnelle. L'objet véritable de la condition de résidence, a-t-il été soutenu, était de priver les membres de la bande vivant hors réserve du droit de participer à l'administration de leur bande, et ce, en vue de les assimiler. Il s'agissait donc là d'un objet inconstitutionnel et discriminatoire.

[25] Subsidiairement, il a été allégué que l'objet indiqué par le défendeur était illogique. Les conseillers vivant sur la réserve ne seraient pas plus accessibles à la majorité des membres de la bande car ceux-ci vivent en dehors de la réserve. M<sup>me</sup> Ashkewe a reconnu en contre-interrogatoire que les conseillers vivant hors réserve seraient plus accessibles aux membres de la bande vivant eux aussi hors réserve. Dans l'arrêt *Corbiere*, précité, la Cour suprême a décidé que les conseils de bande ont un effet important sur les membres vivant hors réserve. Les demandeurs ont déposé des affidavits témoignant de leur connaissance des questions touchant la réserve, ainsi que de l'incidence des décisions du conseil sur les membres vivant hors réserve. Il a été soutenu que la condition de résidence n'avait aucun lien logique avec l'objet, car ni la *Loi sur les Indiens* ni le Règlement n'exigeaient un lieu particulier pour les assemblées du conseil, une fréquence particulière ou un avis de la tenue de ces assemblées, pas plus que la possibilité, pour les membres de la bande, d'y participer.

[26] The applicants submitted that subsection 75(1) of the *Indian Act* failed the minimal impairment element of the test. There was no evidence that the interests of the applicants or off-reserve band members had been accommodated (see *Corbiere*). Under cross-examination, Ms. Ashkewe admitted that the Minister did not consider alternatives to the prohibition of off-reserve members from participation in band governance. In addition, section 31 of the *Indian Band Council Procedure Regulations*, C.R.C., c. 950, could be utilized by councils to provide access to meetings for all band members.

[27] With regard to proportionality, the applicants submitted that their right, and that of all off-reserve band members, to participate in the government of their band was a fundamental democratic right. The band council was the only body which exercised *Indian Act* powers, approved expenditures, protected band member rights pursuant to a treaty or Aboriginal rights, and participated in political umbrella groups and negotiations on behalf of all band members. It was submitted that the impugned provision had a disproportionate impact upon the right of the applicants to be chosen as community leaders.

#### (c) Remedy

[28] The applicants submitted that the appropriate remedy was for the Court to strike down the residency requirement in subsection 75(1) of the *Indian Act* immediately, pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. It was submitted that this case was distinguishable from *Corbiere*, which involved a delayed declaration of invalidity due to significant administrative grounds and a desire to allow the government to amend the electoral sections of the *Indian Act*. The applicants submitted that should the provision be struck down, the band electors' lists included all on- and off-reserve electors. The respondent could inform electoral officers and bands that all off-reserve electors could hold band council

[26] Les demandeurs ont fait valoir que le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* ne satisfaisait pas au volet du critère relatif à l'atteinte minimale. Rien ne prouvait que l'on avait tenu compte de l'intérêt des demandeurs ou des membres de la bande vivant hors réserve (voir *Corbiere*). En contre-interrogatoire, M<sup>me</sup> Ashkewe a reconnu que le ministre n'avait pas envisagé de solutions de rechange au fait d'interdire aux membres vivant hors réserve de participer à l'administration de la bande. En outre, les conseils pouvaient se prévaloir de l'article 31 du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 950, pour assurer l'accès de tous les membres d'une bande aux assemblées.

[27] Pour ce qui est de la proportionnalité, les demandeurs ont fait valoir que leur droit, et celui de tous les membres de la bande vivant hors réserve, de participer au gouvernement de leur bande est un droit démocratique fondamental. Le conseil de la bande était le seul organe qui exerçait les pouvoirs conférés par la *Loi sur les Indiens*, il approuvait les dépenses, il protégeait les droits des membres de la bande issus de traités ou leurs droits ancestraux, et il prenait part, pour le compte de la bande, à des groupes de coordination et à des négociations politiques. La disposition contestée, a-t-il été allégué, avait une incidence disproportionnée sur le droit des demandeurs d'être choisis comme dirigeants de la collectivité.

#### c) La réparation demandée

[28] Les demandeurs ont fait valoir que la réparation appropriée serait que la Cour annule sur-le-champ la condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*, en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. Ils ont soutenu que la présente espèce est à distinguer de l'arrêt *Corbiere*, qui mettait en cause la suspension d'une déclaration d'invalidité pour des motifs administratifs importants, ainsi que le désir de permettre au gouvernement de modifier les dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens*. Ils ont fait valoir que si l'on annulait la disposition, les listes des électeurs de la bande engloberaient tous les électeurs, vivant aussi bien sur la réserve qu'en dehors



office. The Minister was responsible for selecting the dates for *Indian Act* elections (see section 74), and could ensure that such notice was given prior to the elections taking place.

[29] In the alternative, the applicants submitted that section 52 of the *Constitution Act, 1982* allowed the Court to declare the invalidity of the residency requirement with regard to the applicants' case and delay the invalidity of the requirement for the purposes of other bands. In the further alternative, it was submitted that the Court may quash the OIC on the basis of a lack of jurisdiction and error of law, pursuant to section 24 of the Charter and delay the invalidity of the provision pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982*, for a limited period in order to notify other band electors and officials of the decision (see *Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3 and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519).

#### Respondent's Submissions

[30] The respondent submitted that there was an insufficient evidentiary basis for adjudicating the constitutionality of a provision which affected the electoral process governing over 260 bands. Therefore, the Court should avoid making a Charter determination in this matter. It was further submitted that should the applicants make a successful Charter claim, a Charter remedy would not provide the relief sought. The respondent noted that an order striking the words "resident on the reserve" from subsection 77(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14] of the *Indian Act* would not validate the 2004 election results, but would call into question the legitimacy of an election run under unconstitutional rules.

de la réserve. Le défendeur pouvait aviser les présidents d'élection et les bandes que tous les électeurs vivant hors réserve pouvaient siéger au conseil de la bande. Comme le ministre avait la responsabilité de choisir les dates des élections tenues selon la *Loi sur les Indiens* (voir l'article 74), il pouvait s'assurer que cet avis était donné avant la tenue des élections.

[29] Les demandeurs ont fait valoir, subsidiairement, que l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet à la Cour de déclarer l'invalidité de la condition de résidence relativement à la cause des demandeurs et de suspendre l'invalidité de la condition pour les besoins d'autres bandes. Et subsidiairement encore, ils ont allégué que la Cour peut annuler le décret pour cause d'absence de compétence et d'erreur de droit, en vertu de l'article 24 de la Charte, et suspendre pendant une période restreinte l'invalidité de la disposition, en vertu de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, afin d'informer de la décision les autres électeurs et représentants de la bande (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3 et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519).

#### Les observations du défendeur

[30] Le défendeur a fait valoir qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition qui a une incidence sur le processus électoral régissant plus de 260 bandes. Il faudrait donc que la Cour évite de rendre dans cette affaire une décision concernant la Charte. Il a allégué par ailleurs que, si les demandeurs obtenaient gain de cause pour leur demande fondée sur la Charte, une réparation fondée sur la Charte n'accorderait pas le redressement recherché. Il a fait remarquer qu'une ordonnance radiant les mots « réside [...] sur la réserve », au paragraphe 77(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 14] de la *Loi sur les Indiens*, ne validerait pas les résultats de l'élection tenue en 2004, mais mettrait en doute la légitimité d'une élection tenue selon des règles inconstitutionnelles.

## I. Judicial Review of the OIC

### (a) Standard of Review

[31] The respondent submitted that discretionary decisions enjoy considerable deference and applied the pragmatic and functional approach to determining the appropriate standard of review (see *Baker* above). It was submitted that:

1. The *Indian Act* did not have a privative clause, which had a neutral effect;

2. The Governor in Council had expertise with regard to governance issues and had enacted the Regulations which governed the setting aside of such elections. Its decision was also based upon the recommendation of the Minister, who had expertise; therefore, considerable deference was due;

3. The purpose of section 79 of the *Indian Act* was to ensure the legitimacy of band elections and governance, and the procedure of reviewing such elections was polycentric and focused on broad issues. This exercise of discretion warranted a high level of deference;

4. The question was one of mixed fact and law, was fact specific and highly discretionary. It was submitted that these factors militated in favour of deference.

[32] The respondent submitted that the proper standard of review was patent unreasonableness. It was submitted that the Court's decision in *Siksika Nation v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* (2004), 27 Admin. L.R. (4th) 74 (F.C.), that the proper standard of review of the Minister's decision was reasonableness, could be distinguished since the decision was made by the Minister and did not involve the same degree of discretion. The respondent submitted that a single standard of review applied to the decision (see *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 392 (F.C.A.)).

## I. Le contrôle judiciaire du décret

### a) La norme de contrôle

[31] Le défendeur a fait valoir que les décisions discrétionnaires bénéficient d'un degré de déférence considérable et il a appliqué l'approche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable (voir l'arrêt *Baker*, précité). Il a fait valoir ce qui suit :

1. la *Loi sur les Indiens* ne comporte pas de clause privative, ce qui a un effet neutre;

2. la gouverneure en conseil a de l'expertise en matière de questions d'administration et elle a édicté le Règlement qui régit l'annulation de ce genre d'élections. Sa décision est également fondée sur la recommandation du ministre, qui possède l'expertise nécessaire; le degré de déférence dont il convient de faire preuve est donc élevé;

3. l'article 79 de la *Loi sur les Indiens* a pour objet d'assurer la légitimité des élections et de l'administration des bandes, et la procédure de contrôle de ce genre d'élections est polycentrique et axée sur des questions de portée générale. Cet exercice de pouvoir discrétionnaire justifie un degré de déférence élevé;

4. la question en jeu est une question mixte de fait et de droit, elle repose sur des faits et elle est de nature hautement discrétionnaire. Il a été allégué que ces facteurs militent en faveur de la déférence.

[32] Le défendeur a fait valoir que la norme de contrôle applicable est celle de la décision manifestement déraisonnable. Il a soutenu que la décision que la Cour a rendue dans l'affaire *Nation Siksika c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2004 CF 1342—à savoir que la norme de contrôle qui s'applique à la décision du ministre est celle de la décision raisonnable—se distingue de la présente espèce car la décision avait été prise par le ministre et ne comportait pas le même degré de pouvoir discrétionnaire. Selon le défendeur, c'est une norme de contrôle unique qui s'applique à la décision (voir *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 392 (C.A.F.)).

## (b) Review of OIC

[33] The respondent submitted that the Minister did not commit a reviewable error regarding the meaning of the term “resides” in subsection 75(1) of the *Indian Act*. It was submitted that the Minister had not made a reviewable decision and that only the decision of the Governor in Council was subject to review. The respondent submitted that the sources cited by the applicants betrayed their position, since in *Thomson* above, Parliament and the Supreme Court of Canada used the terms “residing” and “ordinarily resident” as synonyms.

[34] The respondent submitted that the terms “residence” in section 76, “ordinarily resident” in section 77, and “resides” in section 75, were used synonymously in the *Indian Act*. The respondent noted that paragraph 76(1)(e) authorized the Governor in Council to make regulations regarding the definition of “residence” for determining the eligibility of voters, yet section 77 used the term “ordinarily resident” to describe requirements for voter eligibility. In addition, the regulations defining residence as authorized under paragraph 76(1)(e) prescribe the meaning of “ordinarily resident”. The respondent submitted that there was no basis for concluding that the residency requirement for council eligibility had a broader meaning than the defunct residency requirement for voter eligibility found in section 77.

[35] The respondent noted that in addition to residence, section 75 required that a person be an “elector” in order to be a candidate. Prior to *Corbiere*, a person had to be “ordinarily resident” on-reserve to be an elector under section 77, and while the residency requirement in section 77 was eliminated, it existed when Parliament imbued the terms “residence” and “ordinarily resident” with meaning. The respondent submitted that Parliament would not have intended a broader meaning for the term “resides” in section 75 while imposing the condition of voter eligibility, which incorporated the requirement of being ordinarily resident on-reserve. It was submitted that this would result in Parliament frustrating its own intention. The respondent submitted that the Minister did not err in using the terms “ordinarily resident” and “resides” as

## b) Le contrôle judiciaire du décret

[33] Le défendeur a fait valoir que le ministre n’a pas commis d’erreur susceptible de révision quant au sens du mot « résidant » employé au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*. Il a soutenu que le ministre n’a pas rendu une décision susceptible de révision, et que seule la décision de la gouverneure en conseil devait faire l’objet d’un contrôle. D’après lui, les sources qu’ont citées les demandeurs trahissent leur position car, dans l’arrêt *Thomson*, précité, le législateur et la Cour suprême du Canada ont utilisé les termes « résidant » et « réside ordinairement » comme des synonymes.

[34] Le défendeur a fait valoir que les mots « résidence », à l’article 76, « réside ordinairement », à l’article 77, et « résidant », à l’article 75, sont utilisés comme des synonymes dans la *Loi sur les Indiens*. Selon lui, l’alinéa 76(1)e autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements concernant la définition du mot « résidence » dans le but de décider si une personne est habile à voter, mais l’article 77 utilise le terme « réside ordinairement » pour décrire les conditions d’admissibilité à voter. En outre, le règlement définissant la résidence, pris en application de l’alinéa 76(1)e, prescrit le sens des mots « réside ordinairement ». Le défendeur a soutenu que rien ne permet de conclure que la condition de résidence qui est exigée pour l’éligibilité au conseil a un sens plus large que l’ancienne condition de résidence applicable à l’admissibilité à voter, qui figure à l’article 77.

[35] Le défendeur a fait remarquer qu’en plus de la condition de résidence, l’article 75 exige qu’une personne soit un « électeur » pour être candidat. Avant l’arrêt *Corbiere*, il fallait qu’une personne « réside ordinairement » sur la réserve pour être un électeur au sens de l’article 77 et, même si la condition de résidence indiquée à l’article 77 a été éliminée, elle était en vigueur à l’époque où le législateur a attribué un sens aux mots « résidence » et « réside ordinairement ». D’après le défendeur, le législateur n’aurait pas envisagé de donner un sens plus large au mot « résidant » à l’article 75 tout en imposant la condition de résider ordinairement sur la réserve. Cela aurait pour effet, pour le législateur, de contrecarrer sa propre intention. Le défendeur a soutenu que le ministre n’a pas

having the same meaning as they did in the *Indian Act*.

## II. Constitutionality of Subsection 75(1) of the *Indian Act*

[36] The respondent submitted that the applicants failed to make out a claim that subsection 75(1) of the *Indian Act* was contrary to section 15 of the Charter. It was submitted that *Corbiere* was distinguishable from the case at hand as it dealt with voter eligibility and the absolute prohibition of participation in band governance. However, the scheme at hand allowed voting by off-reserve band members and only restricted their eligibility for council.

### (a) Section 15

[37] The respondent applied the *Law* test to the facts of the case and conceded that subsection 75(1) of the *Indian Act* fulfilled the first two steps. However, it was submitted that the residency requirement was not discriminatory. It was submitted that the residency requirement balanced competing interests by ensuring a role for off-reserve band members, but ensuring that those with the most direct connection to the reserve had a special ability to control it.

[38] The respondent noted that the scope of the decision in *Corbiere* was limited to the issue of whether the complete disenfranchisement of off-reserve band members pursuant to subsection 77(1) of the *Indian Act* violated section 15 of the Charter. It was submitted that the majority in *Corbiere* believed that a scheme differentiating between on- and off-reserve band members would be constitutionally sustainable so long as it did not constitute a complete denial of off-reserve voting rights. It was submitted that the Court recognized that such distinctions may be necessary since on-reserve members are more directly affected by band council decisions.

commis d'erreur en utilisant les termes « réside ordinairement » et « résidant » comme ayant le même sens que celui qu'ils ont dans la *Loi sur les Indiens*.

## II. La constitutionnalité du paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens*

[36] Le défendeur a soutenu que les demandeurs ne sont pas parvenus à établir le bien-fondé de la prétention selon laquelle le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* contrevient à l'article 15 de la Charte. À son avis, l'arrêt *Corbiere* est à distinguer de la présente espèce, car il était question dans ce dernier de l'admissibilité à voter et de l'interdiction absolue de participer à l'administration de la bande. Or, le régime en cause en l'espèce permettait aux membres de la bande vivant hors réserve de voter et ne restreignait que leur éligibilité au conseil.

### a) L'article 15

[37] Le défendeur a appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Law* aux faits de l'espèce et a reconnu que le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* satisfait aux deux premiers volets de ce critère. Il a toutefois soutenu que la condition de résidence n'est pas discriminatoire. Selon lui, cette condition pondère des droits opposés en faisant en sorte que les membres de la bande qui vivent hors réserve ont un rôle à jouer, tout en veillant à ce que les personnes qui possèdent les liens les plus directs avec la réserve aient la capacité spéciale de diriger cette dernière.

[38] Le défendeur a fait remarquer que la portée de la décision rendue dans l'affaire *Corbiere* se limitait à la question de savoir si le fait de priver complètement du droit de vote les membres de la bande vivant hors réserve, en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* violait l'article 15 de la Charte. Dans l'arrêt *Corbiere*, les juges majoritaires ont estimé qu'un régime établissant une distinction entre les membres de la bande vivant sur la réserve et les membres vivant hors réserve serait constitutionnellement défendable dans la mesure où il ne privait pas complètement ces derniers du droit de voter. La Cour a reconnu qu'il peut être nécessaire d'établir de telles distinctions car les membres vivant sur la réserve sont ceux que les décisions du conseil de la bande touchent le plus directement.

## (b) Section 1

[39] The respondent submitted that the pressing and substantial objective served by subsection 75(1) of the *Indian Act* was to ensure that those with the most immediate connection to the reserve had a special ability to control its future. It was submitted that the residency requirement was rationally connected to this objective.

[40] The respondent noted that in *Corbiere*, the complete prohibition of voting by off-reserve band members failed the minimal impairment stage of the section 1 test because it banned them from participating in band governance. It was submitted that the requirement was not a ban on participation by off-reserve members in band governance, as they could vote in band council elections. It was submitted that absent a complete ban, the minimal impairment test did not require the government to adopt the least rights-impairing scheme possible for achieving the underlying objective. Instead, the government must show that there was a reasonable basis for believing that the requirement for minimal impairment was satisfied (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927).

[41] The respondent submitted that the Court should defer to Parliament's choice in adopting a system of governance that balanced the interests of band members by extending the franchise to off-reserve members and limiting band council eligibility to on-reserve members. It was submitted that the government did not act unreasonably in adopting this scheme and that the minimum impairment requirement was satisfied.

[42] In weighing the salutary effects of the objective against its deleterious effects, the respondent submitted that the benefits of ensuring that on-reserve members had a special ability to control its future were proportional to the impact of excluding off-reserve members from band council, since they were given a say in governance as voters.

## b) L'article premier de la Charte

[39] Le défendeur a fait valoir que l'objectif urgent et réel que vise le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* est de veiller à ce que ceux qui possèdent les liens les plus directs avec la réserve aient la capacité spéciale de diriger sa destinée et, a-t-il ajouté, la condition de résidence est logiquement liée à cet objectif.

[40] Le défendeur a fait remarquer que, dans l'arrêt *Corbiere*, le fait d'interdire complètement aux membres de la bande vivant hors réserve de voter ne respectait pas le volet « atteinte minimale » du critère relatif à l'article premier de la Charte parce que cela les empêchait de participer à l'administration de la bande. Il a soutenu que la condition de résidence n'était pas une interdiction imposée aux membres de la bande vivant hors réserve de participer à l'administration de la bande, car ceux-ci pouvaient voter aux élections du conseil de bande. En l'absence d'une interdiction complète, le critère de l'atteinte minimale n'exigeait pas que le gouvernement adopte le régime le moins attentatoire possible aux droits pour réaliser l'objectif sous-jacent. Le gouvernement devait plutôt montrer qu'il y avait un motif raisonnable de croire que la condition de l'atteinte minimale était respectée (voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927).

[41] Le défendeur a soutenu que la Cour devrait s'en remettre au choix qu'a fait le législateur d'adopter un régime d'administration qui pondère les droits des membres de bande en étendant le droit de vote aux membres vivant hors réserve et en limitant l'éligibilité au conseil de bande aux membres vivant sur la réserve. Selon lui, le gouvernement n'a pas agi de façon déraisonnable en adoptant ce régime, et la condition de l'atteinte minimale a été respectée.

[42] En évaluant les effets salutaires de l'objectif par rapport à ses effets préjudiciables, le défendeur a fait valoir que les avantages qu'il y avait à garantir que les membres vivant sur la réserve avaient la capacité spéciale de contrôler la destinée de cette dernière étaient proportionnels à l'effet d'exclure les membres vivant hors réserve du conseil de bande, car ceux-ci, en tant qu'électeurs, avaient leur mot à dire sur le plan de l'administration de la réserve.

(c) Remedy

[43] Should the Court find that the residency requirement violated section 15 of the Charter and was not saved by section 1, it was submitted that the appropriate remedy was a delayed declaration of invalidity. It was submitted that the government would need a reasonable amount of time to examine alternative options, given that the balancing of interests in this context was difficult. The respondent submitted that the consequences of an immediate declaration of invalidity were far reaching. The legitimacy of band elections throughout Canada would be questioned and following the next band election, many band councils could consist entirely of off-reserve band members.

Analysis and Decision

[44] The issue of mootness was raised by the respondent just prior to the hearing. I will deal with this issue first.

[45] Issue No. 4

Is the application for judicial review moot?

The respondent submitted that the application for judicial review was moot as the term for which the applicants were elected had expired and a new election had been held.

[46] In my view, the underlying factual basis for this application for judicial review has disappeared. The applicants were originally elected on November 8, 2004 to serve a two-year term, but their election was set aside pursuant to the OIC issued by the Governor in Council on June 28, 2005. The applicants obtained an interlocutory injunction on August 10, 2005, and all nine councillors were reinstated pending the final determination of this application for judicial review. Their two-year election term expired on November 8, 2006, and on December 14, 2006, the applicants were re-elected for another term. The results of this election were appealed on residency grounds on January 25, 2007. While this appeal might become subject to another decision by the Governor in Council and is not necessarily relevant to the case at hand, it does illustrate

c) La réparation demandée

[43] Le défendeur a soutenu que si la Cour venait à conclure que la condition de résidence violait l'article 15 de la Charte et n'était pas justifiée au regard de l'article premier de celle-ci, la réparation appropriée serait une suspension de la déclaration d'invalidité. Le gouvernement aurait besoin d'un délai raisonnable pour étudier d'autres options, étant donné que, dans le contexte actuel, il était difficile de pondérer les droits. Il a ajouté qu'une déclaration d'invalidité immédiate aurait des conséquences d'une grande portée. On mettrait en doute la légitimité des élections de bande sur tout le territoire canadien et, après la prochaine élection, de nombreux conseils de bande seraient peut-être formés entièrement de membres de bande vivant hors réserve.

Analyse et décision

[44] Le défendeur a soulevé la question du caractère théorique de la demande juste avant l'audience, et c'est de cette question que je traiterai en premier.

[45] La question n° 4

La demande de contrôle judiciaire n'a-t-elle qu'un caractère théorique?

Le défendeur a fait valoir que la demande de contrôle judiciaire n'avait qu'un caractère théorique parce que le mandat pour lequel les demandeurs avaient été élus était expiré et qu'une nouvelle élection avait eu lieu.

[46] À mon avis, le fondement factuel qui sous-tend la présente demande de contrôle judiciaire a disparu. Les demandeurs ont été élus initialement le 8 novembre 2004 pour un mandat de deux ans, mais leur élection a été annulée en vertu du décret de la gouverneure en conseil, daté du 28 juin 2005. Les demandeurs ont obtenu une injonction interlocutoire le 10 août 2005, et les neuf conseillers ont tous été réintégrés dans leurs fonctions en attendant l'issue finale de la présente demande de contrôle judiciaire. Leur mandat électoral de deux ans a pris fin le 8 novembre 2006 et, le 14 décembre suivant, ils ont été réélus pour un autre mandat. Les résultats de cette élection ont fait l'objet d'un appel fondé sur des motifs de résidence le 25 janvier 2007. Même si cet appel pourrait faire l'objet d'une autre décision de la part de la gouverneure en

the concern expressed by the applicants regarding the disruption and uncertainty caused by subsection 75(1) of the *Indian Act* with respect to band governance.

[47] In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, the Supreme Court of Canada stated the following regarding mootness, at page 353:

The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case. The cases do not always make it clear whether the term “moot” applies to cases that do not present a concrete controversy or whether the term applies only to such of those cases as the court declines to hear. In the interest of clarity, I consider that a case is moot if it fails to meet the “live controversy” test. A court may nonetheless elect to address a moot issue if the circumstances warrant.

[48] I find that this application for judicial review of the OIC is technically moot. No live controversy exists with respect to the validity of the Governor in Council’s OIC as the relevant band council term has expired.

[49] Should the Court exercise its discretion to hear this application for judicial review?

The Supreme Court of Canada stated the following regarding the doctrine of mootness in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 18 to 22:

Although this appeal is moot, the considerations in *Borowski, supra*, suggest that it should be heard. Writing for the Court, Sopinka J. outlined the following criteria for courts to consider in exercising discretion to hear a moot case (at pp. 358-63):

- (1) the presence of an adversarial context;
- (2) the concern for judicial economy; and

conseil et qu’il n’est pas nécessairement pertinent aux fins de la présente espèce, il illustre néanmoins la préoccupation des demandeurs quant aux perturbations et à l’incertitude que cause le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* relativement à l’administration de la bande.

[47] Dans l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit, à la page 353, à propos du caractère théorique :

La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s’il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l’affaire. La jurisprudence n’indique pas toujours très clairement si le mot « théorique » (*moot*) s’applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s’il s’applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d’entendre. Pour être précis, je considère qu’une affaire est « théorique » si elle ne répond pas au critère du « litige actuel ». Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s’il estime que les circonstances le justifient.

[48] Je conclus que la présente demande de contrôle judiciaire du décret est techniquement théorique. Il n’y a pas de litige actuel au sujet de la validité du décret de la gouverneure en conseil car le mandat en cause du conseil de bande est expiré.

[49] La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre la présente demande de contrôle judiciaire?

La Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit sur la doctrine du caractère théorique dans l’arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 18 à 22 :

Les remarques dans *Borowski*, précité, nous incitent cependant à entendre le pourvoi malgré son caractère théorique. Le juge Sopinka a énuméré, au nom de la Cour, les critères régissant l’exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d’entendre des affaires théoriques (aux p. 358-363) :

- (1) l’existence d’un débat contradictoire;
- (2) le souci d’économie des ressources judiciaires;

(3) the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

In this case, the appropriate adversarial context persists. The litigants have continued to argue their respective sides vigorously.

As to the concern for conserving scarce judicial resources, this Court has many times noted that such an expenditure is warranted in cases that raise important issues but are evasive of review (*Borowski, supra*, at p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46). The present appeal raises an important question about the jurisdiction of superior courts to order what may be an effective remedy in some classes of cases. To the extent that the reporting order is effective, it will tend to evade review since parties may rapidly comply with orders before an appeal is heard.

Moreover, in deciding whether to hear a moot case, courts must weigh the expenditure of scarce judicial resources against "the social cost of continued uncertainty in the law" (*Borowski, supra*, at p. 361). The social cost of uncertainty as to the available *Charter* remedies is high. The *Charter* is designed to protect those who are most vulnerable to the dangers of majority rule; this aspect of the *Charter's* purpose is evident in the provisions protecting official minority language education rights. If the Court leaves this matter undecided and courts are left under a misapprehension as to the tools available to ensure that government behaviour conforms with the *Charter*, the obvious danger is less than full protection of *Charter* rights. Thus, the expenditure of judicial resources is warranted in the present case despite the fact that the appeal may be moot. The decision of this Court will provide guidance on the important question of the nature and extent of remedies under s. 24 of the *Charter* in similar cases.

Finally, the Court is neither departing from its traditional role as an adjudicator nor intruding upon the legislative or executive sphere by deciding to hear this case (*Borowski, supra*, at p. 362). The question of what remedies are available under the *Charter* falls squarely within the expertise of the Court and is not susceptible to legislative or executive pronouncement. Furthermore, unlike in *Borowski, supra*, at p. 365, the appellants are not seeking an answer to an abstract question on the interpretation of the *Charter*; they are not

(3) la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

Le nécessaire débat contradictoire existe toujours en l'espèce. Les parties ont en effet continué de défendre avec vigueur leurs points de vue respectifs.

Quant au souci d'économiser des ressources judiciaires limitées, la Cour a maintes fois signalé que les affaires soulevant des questions importantes qui risquent d'échapper à l'examen judiciaire justifient de mettre ces ressources à contribution (*Borowski, précité*, p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46). Le présent pourvoi soulève une question importante au sujet du pouvoir des cours supérieures d'ordonner des mesures susceptibles de constituer une réparation efficace dans certaines catégories de cas. Dans la mesure où elles s'avèrent efficaces, les ordonnances enjoignant de rendre compte tendent à échapper à l'examen judiciaire puisque les parties peuvent s'y conformer rapidement avant l'audition de l'appel.

De plus, pour décider s'il convient d'entendre une affaire théorique, les tribunaux doivent soupeser les ressources judiciaires limitées en fonction du « coût social de l'incertitude du droit » (*Borowski, précité*, p. 361). Or, l'incertitude quant aux réparations permises par la *Charte* entraîne un coût social élevé. La *Charte* vise à protéger ceux qui sont le plus exposés aux dangers de la règle de la majorité; cet aspect des objectifs de la *Charte* ressort clairement des dispositions protégeant les droits à l'instruction dans la langue officielle parlée par la minorité. Si la Cour ne tranche pas cette question et que, de ce fait, les tribunaux ne comprennent pas bien les moyens dont ils disposent pour garantir que le comportement du gouvernement respecte la *Charte*, il est évident que la protection des droits garantis par la *Charte* risque d'être incomplète. C'est pourquoi il est justifié d'affecter des ressources judiciaires à l'examen de la présente affaire malgré la possibilité qu'elle soit devenue théorique. La décision de la Cour fournira des repères pour l'analyse de l'importante question de la nature et de l'étendue des réparations fondées sur l'art. 24 de la *Charte* qui doivent être accordées dans des affaires similaires.

Enfin, en décidant d'entendre le présent pourvoi, la Cour ne s'écarte pas de sa fonction juridictionnelle traditionnelle pas plus qu'elle n'empiète sur les fonctions législative ou exécutive (*Borowski, précité*, p. 362). La question des réparations pouvant être accordées en vertu de la *Charte* relève tout à fait du champ d'expertise de la Cour et ne peut pas faire l'objet d'une décision du législateur ou du pouvoir exécutif. En outre, contrairement à la situation dans l'affaire *Borowski*, les appelants en l'espèce ne demandent pas de



“turn[ing] this appeal into a private reference”. The Attorney General of Nova Scotia appealed successfully against an order made against it by a superior court. Although the immediate grievances of the appellants have now been addressed, deciding in this case will assist the parties to this action, and others in similar circumstances, in their ongoing relationships.

[50] I will now consider whether the Court should exercise its discretion to hear this application for judicial review, regardless of the fact that its underlying factual basis has disappeared.

[51] In my view, there appears to be an adversarial context present in this case. The applicants seek relief in the form of a declaration that the residency requirement in subsection 75(1) of the *Indian Act* is unconstitutional, not simply an order setting aside the decision of the OIC. The respondent has opposed such a declaration vigorously and its arguments stemmed beyond allegations of mootness. For example, the respondent submitted that there was an insufficient evidentiary basis for adjudicating the constitutionality of a provision which affected the electoral process governing First Nation bands. The respondent has also made arguments in support of the ameliorative purpose of distinctions made between on- and off-reserve band members in the context of band council elections.

[52] Judicial economy concerns are relevant when deciding whether a court should hear a moot application. However, arguments regarding the scarcity of judicial resources may be trumped where the issue at hand is sufficiently important and evasive of review. I have considered the affidavit evidence filed with respect to this motion and it seems that issues relating to the residency of band council candidates are evasive of review. These issues are also important to the efficient governance of First Nation bands across Canada and the rights of individuals to participate in the representative governance of their band.

répondre à une question abstraite d'interprétation de la *Charte*; ils ne « transforme[nt] [pas] le pourvoi en renvoi d'initiative privée » (*Borowski*, précité, p. 365). Le procureur général de la Nouvelle-Écosse a obtenu l'annulation en appel d'une ordonnance rendue contre lui par une cour supérieure. Même s'il est maintenant satisfait aux revendications immédiates des appelants, une décision en l'espèce contribuera à faciliter les rapports entre les parties à la présente affaire et ceux d'autres parties se trouvant dans une situation similaire.

[50] J'examinerai maintenant la question de savoir si la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre la présente demande de contrôle judiciaire, même si son fondement factuel a disparu.

[51] À mon avis, il semble y avoir en l'espèce un débat contradictoire. Les demandeurs réclament à titre de réparation une déclaration portant que la condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* est inconstitutionnelle, et pas seulement une ordonnance annulant la décision prise par le décret. Le défendeur s'oppose énergiquement à une telle déclaration, et les arguments qu'il invoque dépassent le cadre des allégations de caractère théorique. Par exemple, il a fait valoir qu'il n'y a pas suffisamment de preuves pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition qui a une incidence sur le processus électoral régissant les bandes des Premières nations. Il a présenté aussi des arguments ayant pour objet d'améliorer les distinctions faites entre les membres d'une bande vivant sur la réserve et ceux vivant hors réserve dans le contexte des élections au conseil de bande.

[52] Le souci d'économie des ressources judiciaires est pertinent lorsqu'il faut décider si un tribunal doit entendre ou non une demande à caractère théorique. Cependant, le fait que la question en litige soit suffisamment importante et susceptible de ne jamais être soumise aux tribunaux peut prendre le pas sur les arguments concernant la rareté des ressources judiciaires. J'ai pris en considération la preuve par affidavit qui a été déposée relativement à cette requête et il appert que les questions relatives à la résidence des candidats au conseil de bande sont susceptibles de ne jamais être soumises aux tribunaux. Ces questions sont importantes aussi pour l'administration efficace des bandes des Premières nations sur l'ensemble du territoire canadien, de même que pour le droit des

[53] Chief Wilfred King, of the Gull Bay First Nation, deposed that the constitutionality of the residency requirement in subsection 75(1) of the *Indian Act* would not be able to be heard in another forum or at another time. Chief King noted that due to the fact that band councillor positions are held for two-year terms, the time lines for election appeals, investigations and the judicial process are lengthy, tremendous amounts of resources are required to bring a matter before the Court, and many interlocutory motions are filed by the respondent, it becomes practically impossible for a similar matter to reach a hearing prior to the expiration of the term of band council office referred to in a disputed OIC.

[54] Chief King indicated that he was not aware of any applications for judicial review of election appeals under the *Indian Act* which involved the Department of Justice that had reached a hearing. He attributed this fact to the time lines involved. Chief King deposed that the only election appeal case he was aware of that had reached a judicial review application hearing was that of a band custom code election which did not involve the Department of Justice (see *Hartley*).

[55] Another relevant factor in determining whether to hear a moot case is the social cost of uncertainty in the law. Chief King's affidavit disclosed that the governance of Gull Bay First Nation and other bands across Canada has suffered due to uncertainties with respect to the validity of the impugned residency requirement. Chief King deposed that election appeals on the basis of residency are a source of repetitive disturbance to the day-to-day governance of Gull Bay First Nation, the projects the Gull Bay Band Council undertakes on behalf of all band members, and the choice of representatives by band members. Election appeals on this basis also involve significant expenditures of time, energy and financial resources on the part of the band and individual counsellors.

particuliers de participer à l'administration représentative de leur bande.

[53] Le chef Wilfred King, de la Première nation de Gull Bay, a déclaré que la question de la constitutionnalité de la condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* ne saurait être instruite devant une autre instance ou à un autre moment. Il a fait remarquer qu'étant donné que les postes de conseiller de bande sont d'une durée de deux ans, que les délais qu'impliquent les appels en matière d'élection, les enquêtes et le processus judiciaire sont longs, que d'énormes ressources sont requises pour soumettre une affaire à la Cour et que le défendeur dépose de nombreuses requêtes interlocutoires, il est pratiquement impossible qu'une affaire semblable soit entendue avant l'expiration du mandat des conseillers de bande dont il est question dans un décret contesté.

[54] Le chef King a déclaré n'être au courant d'aucune demande de contrôle judiciaire relative à un appel en matière d'élection interjeté en vertu de la *Loi sur les Indiens* et mettant en cause le ministère de la Justice qui ait atteint le stade de l'audition. Il a attribué ce fait aux délais en cause. Il a ajouté que, à sa connaissance, le seul appel en matière d'élection ayant fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire qui a atteint le stade de l'audition était celui de l'élection coutumière d'une bande qui ne mettait pas en cause le ministère de la Justice (voir *Hartley*).

[55] Un autre facteur qui est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer s'il convient d'entendre ou non une affaire théorique est le coût social de l'incertitude de la loi. L'affidavit du chef King révèle que les incertitudes concernant la validité de la condition de résidence contestée portent préjudice à l'administration de la Première nation de Gull Bay et à celle d'autres bandes au Canada. Selon le chef King, les appels en matière d'élection fondés sur la condition de résidence sont une source de perturbations récurrentes pour l'administration quotidienne de la Première nation de Gull Bay, pour les projets que le conseil de la bande de Gull Bay entreprend pour le compte de tous les membres de la bande, ainsi que pour le choix de représentants par les membres de la bande. Les appels en matière d'élection interjetés pour ce motif occasionnent également

[56] Chief King deposed that monies spent on unnecessary elections are not available to develop urgently needed housing, water and power upgrades, as well as other social, health and education needs of band members. Finally, where quorum is lost, the band council is unable to authorize financial and legal transactions which have serious repercussions for the band. In my view, there are important social consequences for the Gull Bay Band and bands across Canada, where uncertainty as to the law exists regarding the impugned residency requirements.

[57] Finally, I acknowledge the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework. However, ruling upon the constitutionality of a legislative provision fits squarely within the Court's jurisdiction and does not take away from the legislature's role.

[58] In my view, the factors enumerated above lead to the conclusion that the Court should exercise its discretion to hear the application. However, it is also important to note the principle that restraint should be exercised by the Court in deciding issues of constitutionality despite the lack of a live issue. The Supreme Court of Canada commented upon this issue in *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraph 12:

This practice applies, *a fortiori*, when the substratum on which the case was based ceases to exist. The court is then required to opine on a hypothetical situation and not a real controversy. This engages the doctrine of mootness pursuant to which the court will decline to exercise its discretion to rule on moot questions unless, *inter alia*, there is a pressing issue which will be evasive of review. See *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. The practice applies notwithstanding that the appeal has been argued on the basis which has disappeared. Accordingly, in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, the Court was advised, in the middle of argument, that the appellant, who was appealing an order

d'importantes dépenses de temps, d'énergie et de ressources financières à la bande et aux conseillers.

[56] Le chef King a déclaré que les sommes dépensées pour la tenue d'élections inutiles privent les membres de la bande de fonds qui pourraient servir à répondre aux besoins urgents d'amélioration des logements et des systèmes d'approvisionnement en eau et en électricité, ainsi qu'aux autres besoins sociaux, sanitaires et éducatifs. Enfin, si le quorum ne peut être atteint, le conseil de la bande se trouve dans l'impossibilité d'approuver des opérations financières et juridiques qui ont d'importantes répercussions pour la bande. À mon avis, l'incertitude de la loi quant aux conditions de résidence contestées entraîne d'importantes conséquences sociales pour la bande de Gull Bay et d'autres bandes au Canada.

[57] Enfin, je reconnais qu'il est nécessaire que la Cour soit sensible au rôle juridictionnel qu'elle joue au sein de notre cadre politique. Toutefois, le fait de se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition législative relève parfaitement de sa compétence et n'enlève rien au rôle du législateur.

[58] À mon avis, les facteurs que j'ai énumérés ci-dessus mènent à la conclusion que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre la demande. Il est toutefois important de rappeler le principe selon lequel la Cour doit faire preuve de retenue lorsqu'elle tranche des questions de constitutionnalité, même si le litige réel a cessé d'exister. La Cour suprême du Canada a fait des observations à ce sujet dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, au paragraphe 12 :

Cette pratique s'applique à plus forte raison quand le fondement de la cause a cessé d'exister. En pareil cas, notre Cour doit se prononcer sur une situation hypothétique et non sur un litige réel. Entre alors en jeu la théorie du caractère théorique, en vertu de laquelle un tribunal refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher des questions théoriques, sauf si, entre autres, il s'agit d'une question urgente susceptible de ne jamais être soumise aux tribunaux. Voir l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. La pratique s'applique en dépit du fait que le pourvoi a été plaidé sur le fondement qui n'existe plus. Ainsi, dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, notre

enjoining her from having an abortion, had proceeded with an abortion. The Court felt constrained to deal with legal issues with respect to the propriety of granting an injunction in the circumstances. It did so because the nature of the issue was such that it would be difficult or impossible for another woman in the same predicament to obtain a decision of this Court in time. The Court, however, declined to deal with the issue of fetal rights under s. 7 of the *Charter* and stated, at pp. 571-72:

As we have indicated, the Court decided in its discretion to continue the hearing of this appeal although it was moot, in order to resolve the important legal issue raised so that the situation of women in the position in which Ms. Daigle found herself could be clarified. It would, however, be quite a different matter to explore further legal issues which need not be examined in order to achieve that objective. [Emphasis in original.] The jurisprudence of this Court indicates that unnecessary constitutional pronouncement should be avoided: *Morgentaler (No. 2)*, [[1988] 1 S.C.R. 30], at p. 51; *Borowski*, [[1989] 1 S.C.R. 342]; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (P.C.), at p. 339; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887, at p. 915. [Emphasis added.]

[59] I am of the opinion that this application raises serious issues concerning the constitutionality of a provision which is evasive to review and rises continually in the context of band elections. While the issues may not be “live” in the context of review of the OIC, they certainly represent a live controversy between the parties which should be resolved. Consequently, the Court will exercise its discretion and hear the application despite it being moot.

[60] Issue No. 1

What is the appropriate standard of review of the decision of the Governor in Council?

The decision under review is that of the Governor in Council to set aside the election of band councillors pursuant to paragraph 79(c) of the *Indian Act*. The factors to be considered in applying the pragmatic and functional approach to determining the appropriate standard of review are (see *Baker*):

Cour a appris durant l’audience que l’appelante, qui en appelait d’une ordonnance lui interdisant de se faire avorter, avait obtenu un avortement. La Cour s’est sentie obligée d’examiner les questions juridiques concernant l’opportunité d’accorder une injonction en pareille situation, parce qu’étant donné la nature de la question litigieuse, il serait difficile ou impossible pour une autre femme dans cette situation délicate d’obtenir à temps une décision de notre Cour. La Cour a toutefois refusé de trancher la question du droit du fœtus à la protection de l’art. 7 de la *Charte*, et a dit, aux pp. 571 et 572 :

Comme nous l’avons souligné, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire de poursuivre l’audition du pourvoi bien qu’il fût devenu théorique, afin de résoudre l’importante question juridique qu’il soulevait et donner ainsi des éclaircissements sur la situation des femmes se trouvant à faire face aux difficultés rencontrées par M<sup>me</sup> Daigle. Ce serait tout autre chose cependant de traiter d’autres questions juridiques qu’il n’est pas nécessaire d’aborder pour atteindre cet objectif. [Souligné dans l’original.] La jurisprudence de notre Cour indique qu’il convient d’éviter en matière constitutionnelle toute déclaration inutile: *Morgentaler (n° 2)*, [[1988] 1 R.C.S. 30], à la p. 51; *Borowski*, [[1989] 1 R.C.S. 342]; *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (C.P.), à la p. 339; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887, à la p. 915. [Je souligne.]

[59] Je suis d’avis que la présente demande soulève d’importantes questions au sujet de la constitutionnalité d’une disposition qui est susceptible de n’être jamais soumise aux tribunaux et qui se pose constamment dans le contexte des élections des bandes. Bien qu’elles ne soient peut-être pas « actuelles » dans le contexte du contrôle du décret, ces questions représentent certainement une controverse actuelle entre les parties, qu’il faudrait régler. En conséquence, la Cour exercera son pouvoir discrétionnaire et entendra la demande, même si celle-ci est théorique.

[60] La question n° 1

Quelle est la norme de contrôle qui s’applique à la décision de la gouverneure en conseil?

La décision contestée est celle qu’a prise la gouverneure en conseil d’annuler l’élection des conseillers de bande, en application de l’alinéa 79c) de la *Loi sur les Indiens*. Les facteurs à examiner lorsqu’on applique l’approche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable sont les suivants (voir l’arrêt *Baker*) :

1. the existence of a privative clause;
2. the expertise of the decision maker with respect to the issue;
3. the purpose of the Act as a whole, and the provision in particular; and
4. whether the nature of the problem is a question of fact or law.

[61] The *Indian Act* does not contain a privative clause. I would agree with the respondent that the absence of such a clause is a neutral factor (see *Giroux v. Swan River First Nation* (2006), 288 F.T.R. 55 (F.C.), at paragraph 54).

[62] The decision maker in this case was the Governor in Council, which is indicative of a higher level of deference. In addition, the Governor in Council exercised its discretion upon the recommendation of the Minister, whom it may be presumed has expertise regarding the application of the electoral provisions of the *Indian Act* and the Regulations. In my view, this factor points to a higher level of deference. However, I believe that the Governor in Council's interpretation of the language of the residency provisions of the legislation should be reviewed on the standard of correctness, as this is a question of law.

[63] Legislative provisions of a polycentric nature warrant more deference than those which directly affect the rights of individuals. The general purpose of section 79 of the *Indian Act* is to ensure the legitimacy of band elections. However, I would also acknowledge that the applicants were personally affected by the decision to set aside the election results, since they were prohibited from becoming band council representatives. I would also note that the Regulations allow affected candidates to reply to the allegations raised in an election appeal. In my view, this factor indicates that a mid-level of deference is owed to the decision of the Governor in Council.

1. la présence d'une clause privative;
2. l'expertise du décideur par rapport à la question en litige;
3. l'objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en particulier; et
4. la question de savoir si le problème est une question de fait ou de droit.

[61] La *Loi sur les Indiens* ne contient pas de clause privative. Je suis d'accord avec le défendeur que l'absence d'une telle clause est un facteur neutre (voir *Giroux c. Première nation de Swan River*, 2006 CF 285, au paragraphe 54).

[62] Dans la présente affaire, le décideur est la gouverneure en conseil, ce qui milite en faveur d'un degré supérieur de déférence. En outre, cette dernière a exercé son pouvoir discrétionnaire sur la recommandation du ministre qui, peut-on le présumer, a une certaine expertise dans l'application des dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens* et du Règlement. Selon moi, ce facteur milite en faveur d'un degré supérieur de déférence. Je crois cependant que l'interprétation qu'a faite la gouverneure en conseil des dispositions législatives concernant la résidence constitue une question de droit et qu'il convient donc de la contrôler selon la norme de la décision correcte.

[63] Les dispositions législatives de nature polycentrique exigent plus de déférence que celles qui touchent directement les droits de particuliers. L'objet général de l'article 79 de la *Loi sur les Indiens* est d'assurer la légitimité des élections des bandes. Toutefois, je reconnais aussi que les demandeurs ont été personnellement touchés par la décision d'annuler les résultats de l'élection, puisqu'ils ont été empêchés de devenir des représentants au sein du conseil de bande. Je signalerais en outre que le Règlement permet aux candidats visés de répondre aux allégations soulevées dans un appel en matière d'élection. Selon moi, ce facteur dénote qu'il faut faire preuve d'un degré moyen de déférence envers la décision de la gouverneure en conseil.

[64] Finally, the question at hand was highly discretionary and involved the application of factual findings to the Governor in Council's interpretation of the election provisions. The question was therefore one of mixed fact and law, thereby warranting a mid-level of deference. On the question of the interpretation of the language of the residency requirements, however, I believe that the question was one of law, warranting no deference.

[65] Having considered the relevant factors, I find that the standard of review applicable to the overall decision of the Governor in Council is reasonableness. However, its interpretation of the language of the residency requirements found in the legislation is reviewable on the standard of correctness. It is not necessary to engage in a pragmatic and functional analysis of procedural fairness matters, as it is well established that such issues are reviewable on the standard of correctness.

[66] I propose to now deal with issues 2 and 3 raised by the applicants.

[67] Issue No. 2

Did the Governor in Council breach the duty of procedural fairness owed to the applicants?

It is well established that public authorities owe a duty of procedural fairness to individuals when making administrative decisions which affect their interests (see *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653). Given that the content of this duty varies, the following factors aid in determining the appropriate level of procedural fairness to be afforded (see *Baker*):

1. the nature of the decision made and the procedure followed in making it;
2. the nature of the statutory scheme and the role of the provision within it;
3. the importance of the decision to the individuals affected;

[64] Enfin, la question en litige était hautement discrétionnaire et comportait l'application de conclusions factuelles à l'interprétation faite par la gouverneure en conseil des dispositions électorales. Il s'agissait donc d'une question mixte de fait et de droit, ce qui justifie un degré moyen de déférence. Quant à la question de l'interprétation du libellé des conditions de résidence, je crois toutefois qu'il s'agit d'une question de droit, qui ne justifie aucune déférence.

[65] Après avoir pris en considération les facteurs pertinents, je conclus que la norme de contrôle qui s'applique à la décision globale de la gouverneure en conseil est celle de la décision raisonnable. Cependant, la façon dont cette dernière a interprété le libellé des conditions de résidence énoncées dans la législation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Il n'est nul besoin de procéder à une analyse pragmatique et fonctionnelle de questions d'équité procédurale, car il est bien établi que les questions de cette nature sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[66] Je me propose de régler maintenant les questions n<sup>os</sup> 2 et 3 que les demandeurs ont soulevées.

[67] La question n<sup>o</sup> 2

La gouverneure en conseil a-t-elle manqué à son obligation d'équité procédurale envers les demandeurs?

Il est bien établi que les autorités publiques ont une obligation d'équité procédurale envers les particuliers lorsqu'elles prennent des décisions administratives qui ont une incidence sur les droits de ces derniers (voir *Cardinal et autres c. Directeur de l'Établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la page 653). Étant donné que la teneur de cette obligation est variable, les facteurs suivants aident à déterminer quel est le degré d'équité procédurale qu'il convient d'accorder (voir *Baker*) :

1. la nature de la décision rendue et le processus suivi pour y parvenir;
2. la nature du régime législatif et le rôle que joue la disposition particulière au sein de ce régime;
3. l'importance de la décision pour les personnes visées;

4. the legitimate expectations of the person challenging the decision; and

5. the agency's choice of procedure in making the decision.

[68] In relation to the first factor, while it does not appear that the procedure followed by the Governor in Council in reaching its decision is adjudicative in nature, the Regulations do provide candidates with certain procedural entitlements which allow them the opportunity to respond to allegations regarding their eligibility for band council. I would also note that candidates may submit affidavits in support of their answers. This factor suggests that more than minimal procedural safeguards are warranted.

[69] The nature of the statutory scheme and the role of the provision within it, under the second factor, also point to more than a low level of procedural fairness. Sections 12 to 14 [s. 12 (as am. by SOR/2000-391, s. 11)] of the Regulations set out the procedure to be followed in an election appeal. Pursuant to section 12, where an appeal is lodged, a copy of the appeal and all supporting documents must be forwarded to each candidate. Within 14 days of the receipt of the copy of the appeal, candidates may forward a written answer to the particulars set out in the copy of the appeal, with any supporting documents thereto verified by affidavit. Finally, all particulars and documents filed in accordance with the provisions of this section form the record.

[70] The Minister may conduct further investigations if the material on file is not adequate for deciding the validity of the election. The Minister may also designate an investigator who must then submit a report of the investigation. Finally, the Minister makes a recommendation to the Governor in Council, who has the discretion to make the final decision.

[71] The third factor involves a determination of the importance of the decision to the affected individuals. The decision to set aside the election of all nine band

4. les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision;

5. le choix de procédure que fait l'organisme en prenant la décision.

[68] En ce qui concerne le premier facteur, même s'il ne semble pas que le processus que la gouverneure en conseil a suivi pour rendre sa décision soit de nature juridictionnelle, le Règlement procure cependant aux candidats certains droits procéduraux qui leur donnent la possibilité de répondre aux allégations concernant leur éligibilité au conseil de bande. Je signale également que les candidats peuvent produire des affidavits à l'appui de leur réponse. Ce facteur dénote que ce sont plus que des garanties procédurales minimales qui sont justifiées.

[69] La nature du régime législatif et le rôle que joue la disposition particulière au sein de ce système—c'est là le deuxième facteur—dénotent aussi plus qu'un faible degré d'équité procédurale. Les articles 12 à 14 [art. 12 (mod. par DORS/2000-391, art. 11)] du Règlement exposent la procédure à suivre dans le cas d'un appel en matière d'élection. Aux termes de l'article 12, lorsqu'un appel est interjeté, une copie du document introductif d'appel et des pièces à l'appui doit être transmise à chacun des candidats. Dans les 14 jours suivant la réception de la copie de l'appel, les candidats peuvent envoyer une réponse par écrit aux détails spécifiés dans l'appel, ainsi que toutes les pièces s'y rapportant dûment certifiées sous serment. Enfin, tous les détails et toutes les pièces déposés conformément à cet article forment le dossier.

[70] Le ministre peut procéder à d'autres enquêtes si les documents figurant dans le dossier ne sont pas suffisants pour déterminer la validité de l'élection. Il peut également désigner un enquêteur, qui doit alors produire un rapport de l'enquête. Enfin, le ministre formule une recommandation au gouverneur en conseil, qui a le pouvoir discrétionnaire de rendre la décision finale.

[71] Le troisième facteur consiste à déterminer l'importance de la décision pour les personnes visées. La décision d'annuler l'élection des neuf conseillers de

councillors was important to each individual candidate, since they were prohibited from performing their representative duties as band councillors. I believe that their right to participate in the representative governance of their band was of fundamental importance to the applicants and this factor warranted something more than a minimal level of procedural fairness.

[72] The respondent submitted that the decision to set aside the election results of individual band councillors was similar to the decision to set aside a band referendum (see *Siksika Nation*). In my view, this comparison is not useful, as the important interests of the people affected by the decision were of a different nature than those under consideration in the context of a referendum.

[73] The fourth factor is not established on the evidence. I agree with the respondent that there was no evidence that the applicants held a legitimate expectation that a particular procedure would be followed beyond that stipulated in the Regulations.

[74] The fifth factor involves a consideration of the choice of procedure made by the decision maker. There does not appear to be an extensive procedure for investigating the legitimacy of band council elections other than that articulated in the Regulations. In my view, this factor indicates that a lower level of procedural fairness was warranted.

[75] As a result of the above analysis, it is my view that more than minimal procedural protections were owed to the applicants in the circumstances of this case.

[76] The applicants submitted that the Governor in Council breached the rules of procedural fairness by failing to provide them with the additional materials filed with the Minister during the appeals process and relied upon by the Governor in Council in making its decision. It was submitted that the Governor in Council therefore failed to afford the applicants proper notice of the allegations against them and denied them an opportunity to reply. The same argument was made with respect to Mr. Dyck's investigative report.

bande était importante pour chacun des candidats, car il leur était interdit d'exercer leurs fonctions de représentation à titre de conseillers de bande. Je crois que le droit de participer à l'administration représentative de leur bande était, pour les demandeurs, d'une importance fondamentale, et ce facteur justifiait plus qu'un degré minimal d'équité procédurale.

[72] Le défendeur a fait valoir que la décision d'annuler les résultats d'élection de tous les conseillers de bande était semblable à celle d'annuler un référendum de bande (voir *Nation Siksika*). À mon avis, cette comparaison n'est pas utile, car les droits importants des personnes visées par la décision étaient de nature différente de ceux dont il est question dans le contexte d'un référendum.

[73] Le quatrième facteur n'est pas établi au vu de la preuve. Je conviens avec le défendeur qu'il n'y a aucune preuve que les demandeurs s'attendaient de façon légitime à ce que l'on suive une procédure particulière autre que celle prescrite par le Règlement.

[74] Le cinquième facteur comporte un examen du choix de procédure qu'a fait le décideur. Il ne semble pas y avoir de procédure détaillée pour faire enquête sur la légitimité des élections d'un conseil de bande, autre que celle exposée dans le Règlement. À mon avis, ce facteur dénote qu'un degré moindre d'équité procédurale était justifié.

[75] L'analyse qui précède m'amène à exprimer l'avis que, dans les circonstances de l'espèce, c'était plus que des garanties procédurales minimales qui étaient dues aux demandeurs.

[76] Les demandeurs ont fait valoir que la gouverneure en conseil a manqué aux règles d'équité procédurale en ne leur fournissant pas les documents additionnels qui ont été soumis au ministre lors du processus d'appel, et sur lesquels elle s'est fondée pour rendre sa décision. La gouverneure en conseil, ont-ils allégué, ne les a donc pas dûment avisés des allégations portées contre eux et les a privés de la possibilité de répondre. Le même argument a été invoqué à propos du rapport d'enquête de M. Dyck.



[77] Under cross-examination, Ms. Lynn Ashkewe stated that the additional materials filed with respect to the election appeals were not provided to the applicants. The respondent submitted that pursuant to the Regulations, the Minister was neither under a duty to provide the applicants with a copy of these documents, nor to allow them an opportunity to respond to the information contained in them.

[78] In my view, the Regulations establish two procedures through which the Minister may gather information regarding an election appeal. One mechanism is set out in section 12 of the Regulations. The Minister first obtains particulars of the appeal verified by affidavit from those lodging the appeal. Once this process is complete, all supporting documents obtained in that process must be forwarded to each candidate, along with a copy of the appeal. The candidates may then respond to the allegations and materials which they have been provided with. Subsection 12(4) of the Regulations indicates that all particulars and documents filed in accordance with section 12 constitute the record. In my view, section 12 requires that the record be made up of only the following documents referred to in the section:

- the allegations forwarded by the individuals lodging the appeal;
- the particulars of these allegations verified by affidavit;
- the written answer of the candidates to the particulars set out in the appeal; and
- any supporting documents relating to the answer of the candidates, duly verified by affidavit.

[79] While the duty of procedural fairness applicable in these circumstances is not so high as to require an oral hearing, in my view, it does require that the candidates whose eligibility for band council has been contested be provided with full disclosure of the allegations and supporting documents which became part of the record through the process designated under

[77] En contre-interrogatoire, M<sup>me</sup> Lynn Ashkewe a déclaré que les documents additionnels déposés à l'égard des appels relatifs à l'élection n'ont pas été fournis aux demandeurs. Le défendeur a fait valoir que, selon le Règlement, le ministre n'était pas tenu de fournir une copie de ces documents aux demandeurs, ni de leur donner la possibilité de répondre aux renseignements que contenaient ces documents.

[78] À mon avis, le Règlement établit deux mécanismes par lesquels le ministre peut recueillir des renseignements sur un appel en matière d'élection. L'un de ces mécanismes est prévu à l'article 12 du Règlement. Le ministre obtient en premier les détails de l'appel, au moyen d'un affidavit en bonne et due forme, de la part de ceux qui ont interjeté l'appel. Une fois ce processus terminé, toutes les pièces se rapportant à l'appel qui ont été obtenues au cours de ce processus doivent être transmises à chaque candidat, avec une copie de l'appel. Les candidats peuvent alors répondre aux allégations et aux documents qui leur ont été communiqués. Aux termes du paragraphe 12(4) du Règlement, tous les détails et toutes les pièces déposés conformément à l'article 12 constituent le dossier. À mon avis, l'article 12 exige que le dossier soit uniquement constitué des documents suivants qui y sont mentionnés :

- les allégations des personnes interjetant l'appel;
- les détails de ces allégations, au moyen d'un affidavit en bonne et due forme;
- la réponse écrite des candidats aux détails exposés dans l'appel;
- toutes les pièces justificatives rapportant à la réponse des candidats, dûment certifiées sous serment.

[79] L'obligation d'équité procédurale qui s'applique dans les circonstances n'est pas rigoureuse au point d'exiger la tenue d'une audition, mais, selon moi, elle exige bel et bien que l'on communique aux candidats dont on conteste l'éligibilité au conseil de bande la totalité des allégations et des pièces s'y rapportant qui ont été ajoutées au dossier dans le cadre du processus

section 12 of the Regulations. I therefore find that the duty of procedural fairness owed to the applicants was breached by failing to disclose the additional materials obtained as a result of the procedure set out in section 12 of the Regulations.

[80] The second mechanism through which the Minister may gather information about the validity of an election is through the conduct of investigations, pursuant to section 13 of the Regulations. Under cross-examination, Ms. Lynn Ashkewe stated that the investigative report prepared by Mr. Dyck was not provided to the applicants. Mr. Dyck's affidavit indicated that his standard practice was to inform witnesses that their names and other information would remain confidential. He explained that he would not be able to obtain the necessary information without making such assurances.

[81] Because of my finding above, with respect to a breach of the duty of procedural fairness, I need not determine whether the applicants should have been given this additional information.

[82] In light of the medium level of procedural fairness warranted in this case, it is my opinion that this application for judicial review should be granted on the basis that the duty of procedural fairness owed to the applicants was not fulfilled. In my view, the applicants were at least entitled to disclosure of the materials filed pursuant to section 12 of the Regulations regarding the allegations made against them.

[83] Issue No. 3

Does the requirement to "reside" on the reserve in subsection 75(1) of the Indian Act violate section 15 of the Charter by denying the applicants the opportunity to participate on the council of Gull Bay First Nation on the basis of the recognized analogous ground of Aboriginality residence?

In *Law* above, the Supreme Court of Canada set out the following three-step test for determining whether a legislative provision violates section 15 of the Charter:

exposé à l'article 12 du Règlement. Je conclus donc qu'il y a eu manquement à l'obligation d'équité procédurale due aux demandeurs pour non-communication des documents additionnels obtenus dans le cadre de la procédure exposée à l'article 12 du Règlement.

[80] Le second mécanisme par lequel le ministre peut recueillir des renseignements sur la validité d'une élection est la tenue d'une enquête, prévue à l'article 13 du Règlement. En contre-interrogatoire, M<sup>me</sup> Lynn Ashkewe a déclaré que le rapport d'enquête de M. Dyck n'a pas été fourni aux demandeurs. Selon l'affidavit de M. Dyck, ce dernier a généralement pour pratique d'informer les témoins que leur nom et d'autres renseignements demeureront confidentiels. Il a expliqué que, sans la garantie de confidentialité, il lui serait impossible d'obtenir les renseignements nécessaires.

[81] À cause de ma conclusion qui précède au sujet d'un manquement à l'obligation d'équité procédurale, je n'ai pas à décider s'il aurait fallu communiquer aux demandeurs ces renseignements additionnels.

[82] Vu le degré moyen d'équité procédurale qui est justifié en l'espèce, je suis d'avis qu'il convient de faire droit à la présente demande de contrôle judiciaire au motif que l'obligation d'équité procédurale due aux demandeurs n'a pas été respectée. J'estime que les demandeurs avaient au moins droit à la communication des documents déposés en vertu de l'article 12 du Règlement au sujet des allégations portées contre eux.

[83] La question n° 3

La condition de « résidence » sur la réserve, prévue au paragraphe 75(1) de la Loi sur les Indiens, viole-t-elle l'article 15 de la Charte en privant les demandeurs de la possibilité de faire partie du conseil de la Première nation de Gull Bay pour le motif analogue reconnu qu'est l'autochtonité-lieu de résidence?

Dans l'arrêt *Law*, précité, la Cour suprême du Canada a exposé le critère à trois volets qui permet de déterminer si une disposition législative viole l'article 15 de la Charte :

1. whether a law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect;

2. whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and

3. whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

[84] Both parties agree that the first and second steps of the *Law* test are made out on the facts of this case. Therefore, I will proceed from the assumption that subsection 75(1) of the *Indian Act* imposes differential treatment between on- and off-reserve band members and that “Aboriginality-residence” is an analogous ground of discrimination. The main area of contention between the parties surrounds the third step of the analysis. I must therefore determine whether subsection 75(1) of the *Indian Act* has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee.

[85] The following factors may be considered in evaluating whether a law infringes section 15 of the Charter (see paragraph 88 of *Law*):

1. any pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue;

2. the correspondence, or lack thereof, between the ground on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others;

3. the ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society; and

4. the nature and scope of the interest affected by the impugned law.

[86] The Supreme Court applied these factors in the context of the disenfranchisement of off-reserve band members pursuant to section 77 of the *Indian Act* and

1. La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes?

2. La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

3. La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité?

[84] Les deux parties conviennent que les premier et deuxième volets du critère énoncé dans l'arrêt *Law* sont établis au vu des faits de l'espèce. Je partirai donc de l'hypothèse que le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* impose une différence de traitement entre les membres de la bande vivant sur la réserve et les membres de la bande vivant hors réserve et que l'« autochtonité-lieu de résidence » est un motif analogue de discrimination. Le principal point litigieux entre les parties concerne le troisième volet de l'analyse. Il me faut donc décider si le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* a un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité.

[85] Les facteurs qui suivent peuvent être pris en considération pour évaluer si une loi porte atteinte à l'article 15 de la Charte (voir le paragraphe 88 de l'arrêt *Law*) :

1. la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause;

2. la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins;

3. l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; et

4. la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

[86] La Cour suprême a appliqué les facteurs qui précèdent dans le contexte de la privation du droit de vote des membres de bande vivant hors réserve en

concluded as follows (see paragraphs 17-18 of *Corbiere*):

Applying the applicable *Law* factors to this case—pre-existing disadvantage, correspondence and importance of the affected interest—we conclude that the answer to this question is yes. The impugned distinction perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members by denying them the right to vote and participate in their band’s governance. Off-reserve band members have important interests in band governance which the distinction denies. They are co-owners of the band’s assets. The reserve, whether they live on or off it, is their and their children’s land. The band council represents them as band members to the community at large, in negotiations with the government, and within Aboriginal organizations. Although there are some matters of purely local interest, which do not as directly affect the interests of off-reserve band members, the complete denial to off-reserve members of the right to vote and participate in band governance treats them as less worthy and entitled, not on the merits of their situation, but simply because they live off-reserve. The importance of the interest affected is underlined by the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*, at pp. 137-91. The Royal Commission writes in vol. 4, *Perspectives and Realities*, at p. 521:

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

And at p. 525:

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

application de l’article 77 de la *Loi sur les Indiens* et elle est arrivée à la conclusion suivante (voir les paragraphes 17 et 18 de l’arrêt *Corbiere*) :

Appliquant les facteurs énoncés dans *Law* qui sont pertinents en l’espèce—la préexistence d’un désavantage ainsi que la correspondance du droit touché et son importance —, nous concluons que la réponse à cette question est affirmative. La distinction reprochée perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes en les privant de leur droit de voter et de participer à l’administration de leur bande. Ces personnes ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l’administration de la bande, ce que la distinction les empêche de faire. Ils sont copropriétaires de l’actif de la bande. Qu’ils y vivent ou non, la réserve est leur territoire et celui de leurs enfants. En tant que membres de la bande ils sont représentés par le conseil de la bande auprès de la communauté en général, tant au sein des organisations autochtones que dans le cadre des négociations avec le gouvernement. Bien qu’il existe des sujets d’intérêt purement local qui ne touchent pas aussi directement les intérêts des membres hors réserve des bandes indiennes, la privation complète de leur droit de voter et de participer à l’administration de leur bande a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n’ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu’ils vivent en dehors de la réserve. L’importance du droit touché ressort des conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1, *Un passé, un avenir*, aux pp. 147 à 206. La Commission royale écrit ceci dans le vol. 4, *Perspectives et réalités*, à la p. 586 :

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

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

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

Taking all this into account, it is clear that the s. 77(1) disenfranchisement is discriminatory. It denies off-reserve band members the right to participate fully in band governance on the arbitrary basis of a personal characteristic. It reaches the cultural identity of off-reserve Aboriginals in a stereotypical way. It presumes that Aboriginals living off-reserve are not interested in maintaining meaningful participation in the band or in preserving their cultural identity, and are therefore less deserving members of the band. The effect is clear, as is the message: off-reserve band members are not as deserving as those band members who live on reserves. This engages the dignity aspect of the s. 15 analysis and results in the denial of substantive equality.

[87] In my view, the application of these factors to the case at hand also leads to the conclusion that off-reserve band members are discriminated against under step three of the *Law* test.

[88] As noted in *Corbiere*, band members who live off-reserve have historically faced disadvantage as a result of legislation and policies designed to deny them the right to participate in band governance. Such legislation perpetuates the wrongful notion that band members who live off-reserve have no interest in participating in band governance and are therefore less worthy of doing so.

[89] In my view, there does not appear to be any correspondence between the willingness or ability of off-reserve band members to participate in band council, and their residency status. Affidavit evidence submitted by the applicants indicates that the removed band council, which included off-reserve band members, worked diligently to alleviate serious problems on the Gull Bay Reserve and in the Gull Bay First Nation Community at large.

[90] The respondent submitted that the residency requirement in subsection 75(1) of the *Indian Act* served an ameliorative purpose in that it ensured that band

Compte tenu de tout ce qui précède, il est clair que la privation du droit de vote découlant du par. 77(1) est discriminatoire. Cette privation refuse aux membres hors réserve des bandes indiennes, sur le fondement arbitraire d'une caractéristique personnelle, le droit de participer pleinement à l'administration de leur bande respective. Elle touche à l'identité culturelle des Autochtones hors réserve par l'effet de stéréotypes. Elle présume que les Autochtones hors réserve ne sont pas intéressés à participer concrètement à la vie de leur bande ou à préserver leur identité culturelle, et qu'ils ne sont donc pas des membres de leur bande aussi méritants que les autres. L'effet, comme le message, est clair : les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas aussi méritants que les membres qui vivent dans les réserves. Cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'art. 15 et entraîne le déni du droit à l'égalité réelle.

[87] À mon avis, l'application de ces facteurs à la présente espèce amène également à conclure que les membres de la bande vivant hors réserve sont victimes de discrimination au sens du troisième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Law*.

[88] Comme il est dit dans l'arrêt *Corbiere*, les membres de bande vivant hors réserve ont subi un désavantage historique à cause de lois et de politiques conçues pour les priver du droit de participer à l'administration de leur bande. Ces lois perpétuent l'idée erronée que les membres d'une bande qui vivent hors réserve n'ont aucun intérêt à prendre part à l'administration de leur bande et qu'ils sont donc moins dignes de le faire.

[89] À mon avis, il ne semble pas y avoir de correspondance entre la volonté ou la capacité des membres d'une bande vivant hors réserve de participer au conseil de bande et leur statut sur le plan de la résidence. Selon une preuve par affidavit que les demandeurs ont soumise, le conseil de bande destitué, dont faisaient partie des membres vivant hors réserve, a accompli son travail avec diligence pour atténuer de sérieux problèmes dans la réserve de Gull Bay, ainsi qu'au sein de la collectivité de la Première nation de Gull Bay en général.

[90] Le défendeur a fait valoir que la condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* avait un objet d'amélioration en ce sens qu'elle

councillors were located on-reserve, and were directly familiar with the issues relevant to decision making. As noted above in *Corbiere*, in addition to addressing local issues, band councils represent individuals who live off-reserve in many important capacities. In any event, I am not persuaded that the preservation of band council positions for on-reserve members to the exclusion of off-reserve members helps a more disadvantaged group. In fact, under cross-examination, Lynn Ashkewe admitted that having a band council formed solely of on-reserve members would not make them more accessible to the majority of members, who live off-reserve.

[91] Finally, the nature and scope of the interest affected is of fundamental importance to off-reserve band members. The residency requirements set out in subsection 75(1) deny individuals who live off the reserve the ability to participate in the representative governance of their band. While off-reserve members now have the right to vote in band council elections, I still believe that they hold a fundamental interest in participating in band council and making decisions on behalf of their band. In the context of Gull Bay First Nation, this prohibition applies to over half of their band members and prevents them from becoming leaders of their band.

[92] In my view, subsection 75(1) of the *Indian Act* does discriminate against off-reserve members by prohibiting them from participating in the representative governance of their band through band council on the basis of their “Aboriginality-residence” status.

[93] Issue No. 4

If this requirement to “reside” violates section 15 of the Charter, can it be justified in a free and democratic society under section 1 of the Charter?

garantissait que les conseillers de la bande étaient situés sur la réserve et avaient une connaissance directe des questions nécessitant la prise de décisions. Comme il est signalé plus haut dans l’arrêt *Corbiere*, en plus de traiter des questions locales, les conseils de bande représentent les personnes qui vivent en dehors de la réserve à de nombreux titres importants. Quoiqu’il en soit, je ne suis pas convaincu que le fait de réserver les postes du conseil de bande à des membres vivant sur la réserve, et d’en exclure les membres vivant hors de la réserve, aide un groupe plus défavorisé. En fait, en contre-interrogatoire, M<sup>me</sup> Lynn Ashkewe a reconnu que le fait d’avoir un conseil de bande composé uniquement de membres vivant sur la réserve ne rendrait pas le conseil plus accessible à la majorité des membres, qui vivent hors de la réserve.

[91] Enfin, la nature et l’étendue du droit touché revêtent une importance fondamentale pour les membres de la bande qui vivent hors réserve. La condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) prive les personnes vivant hors réserve de la capacité de participer à l’administration représentative de leur bande. Bien que les membres vivant hors réserve aient maintenant le droit de voter aux élections du conseil de bande, je crois encore qu’ils détiennent le droit fondamental de participer au conseil de bande et de prendre des décisions pour le compte de leur bande. Dans le contexte de la Première nation de Gull Bay, cette interdiction s’applique à plus de la moitié des membres de la bande et empêche ces derniers de devenir des dirigeants de leur bande.

[92] À mon avis, le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* est discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l’administration représentative de leur bande par l’intermédiaire du conseil de bande, en raison de leur statut sur le plan de l’« autochtonité-lieu de résidence ».

[93] La question n° 4

Si cette condition de « résidence » viole l’article 15 de la Charte, peut-elle se justifier dans une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la Charte?

In order for a Charter violation to be justified in a free and democratic society under section 1, it must satisfy the following test (see *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513):

1. Is the legislative goal pressing and substantial?
2. Are the means chosen to attain this legislative end reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society?
  - (a) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation;
  - (b) the impugned provision must minimally impair the Charter guarantee; and
  - (c) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

[94] The respondent submitted that the residency requirement in subsection 75(1) of the *Indian Act* served the goal of ensuring those with the most immediate connection to the reserve had a special ability to control its future. In my view, this goal fulfills the low threshold under the first step of the test, and may legitimately be characterized as pressing and substantial. There is also a *prima facie* rational connection between limiting the ability to participate in band council to those living on-reserve, since they are likely to be most directly connected to the reserve (see *Corbiere* above, at paragraph 101).

[95] However, in my view, the outright ban upon participation in band council by off-reserve members does not minimally impair their equality rights. In *Corbiere*, the Supreme Court discussed the minimal impairment branch of the test, at paragraph 21:

Even if it is accepted that some distinction may be justified in order to protect legitimate interests of band members living on the reserve, it has not been demonstrated that a complete denial of the right of band members living off-reserve to participate in the affairs of the band through the democratic

Pour qu'une violation de la Charte se justifie dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier, il faut qu'elle satisfasse au critère suivant (voir *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513) :

1. L'objectif législatif est-il urgent et réel?
2. Le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif est-il raisonnable et peut-il se justifier dans une société libre et démocratique?
  - a) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif;
  - b) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la Charte;
  - c) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

[94] Le défendeur a fait valoir que la condition de résidence prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* a pour objectif de veiller à ce que ceux qui possèdent les liens les plus directs avec la réserve aient la capacité spéciale de décider de son avenir. À mon avis, cet objectif satisfait le faible seuil que prévoit le premier volet du critère, et il peut légitimement être qualifié d'urgent et de réel. Il y a aussi un lien logique à première vue avec le fait de restreindre la capacité de participer au conseil de bande aux personnes vivant sur la réserve, car ces dernières sont susceptibles de posséder les liens les plus directs avec la réserve (voir *Corbiere*, précité, au paragraphe 101).

[95] À mon avis toutefois, le fait d'interdire purement et simplement aux membres vivant hors réserve de participer au conseil de bande ne constitue pas une atteinte minimale à leurs droits à l'égalité. Dans l'arrêt *Corbiere*, la Cour suprême a traité du volet « atteinte minimale » du critère, au paragraphe 21 :

Même en admettant qu'une certaine distinction puisse être justifiée pour protéger des intérêts légitimes des membres des bandes indiennes qui vivent dans les réserves, il n'a pas été démontré qu'il est nécessaire de nier complètement aux membres hors réserve de ces bandes le droit de participer aux

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

[96] The respondent emphasized that the Supreme Court of Canada determined that section 77 of the *Indian Act* failed the minimal impairment aspect of the section 1 test because it was not established that the “complete denial” of the right of off-reserve band members to participate in the affairs of the band through the democratic process of elections was necessary. In the case at hand, I do not believe that the respondent has established that the complete denial of the right of band members living off-reserve to become band councillors is necessary to fulfill its objectives. This is especially the case given that no evidence was provided to show that efforts were made to seek alternatives to this outright ban.

[97] Given my finding that subsection 75(1) of the *Indian Act* does not minimally impair the rights of off-reserve band members, it is not necessary to conduct an analysis of proportionality.

[98] I am of the view that subsection 75(1) of the *Indian Act* violates section 15 of the Charter and is not justified under section 1 of the Charter.

affaires de leur bande respective par le processus démocratique des élections. Certaines parties ainsi que des intervenants ont fait état de la possibilité d'établir des conseils à deux paliers, de réserver des sièges aux membres hors réserve des bandes ou d'instaurer des votes à double majorité sur certaines questions. Les appelantes soutiennent que le maintien d'une liste électorale sur laquelle seraient inscrits les membres hors réserve des bandes indiennes et l'établissement d'un système d'administration permettant de mettre en équilibre les droits des membres des bandes qui habitent les réserves et ceux des membres hors réserve impliquent des coûts et des difficultés considérables. Toutefois, elles ne présentent pas d'élément de preuve quant aux efforts qui auraient été déployés ou aux mécanismes qui auraient été envisagés et à leurs coûts, ni d'arguments ou de précédents au soutien de la conclusion que le déni complet du droit constitutionnel pourrait être justifié par de tels coûts et des inconvénients d'ordre administratif. Dans les circonstances, nous devons conclure qu'il n'a pas été démontré que l'atteinte peut être justifiée.

[96] Selon le défendeur, la Cour suprême du Canada a statué que l'article 77 de la *Loi sur les Indiens* ne satisfaisait pas au volet « atteinte minimale » du critère relatif à l'article premier parce qu'il n'avait pas été établi que la « privation complète » du droit des membres de la bande vivant hors réserve de participer aux affaires de la bande par l'entremise du processus démocratique des élections était nécessaire. Je ne crois pas que, dans la présente espèce, le défendeur a établi que la privation complète du droit des membres de la bande vivant hors réserve de devenir conseillers de la bande soit nécessaire pour réaliser ses objectifs. D'autant plus qu'aucune preuve n'a été produite pour montrer que des efforts ont été déployés en vue de trouver des solutions de rechange à cette interdiction pure et simple.

[97] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* ne constitue pas une atteinte minimale aux droits des membres de la bande vivant hors réserve, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse de proportionnalité.

[98] Je suis d'avis que le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* viole l'article 15 de la Charte et qu'il n'est pas justifié au regard de l'article premier de la Charte.



[99] Issue No. 5

What is the appropriate remedy for the applicants should the Court find that the requirement to “reside” in subsection 75(1) of the *Indian Act* is unconstitutional and, therefore, that Order in Council P.C. 2005-1289 was issued without jurisdiction and in error of law?

In my view, the appropriate remedy in this case is to delay the declaration of invalidity of the provision pursuant to section 52 of the *Constitution Act, 1982* for a period of nine months so that band electors become aware of the decision and to allow the respondent time to amend this provision in a manner that it would no longer be in breach of the Charter.

[100] The application for judicial review is allowed as noted above.

[101] The applicants shall have their costs of the application.

## ANNEX

Relevant Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are set out in this section.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

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

...

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

...

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a

[99] La question n° 5

Quelle réparation convient-il d'accorder aux demandeurs si la Cour conclut que la condition de « résidence » prévue au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* est inconstitutionnelle et que, de ce fait, le décret C.P. 2005-1289 a été pris sans compétence et constitue une erreur de droit?

À mon avis, la réparation qui convient en l'espèce est de suspendre la déclaration d'invalidité de la disposition, en application de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pendant une période de neuf mois afin de permettre aux électeurs de la bande de prendre connaissance de la décision et de donner du temps au défendeur pour modifier la disposition de façon qu'elle ne viole plus la Charte.

[100] La demande de contrôle judiciaire est accueillie comme cela est noté ci-dessus.

[101] Les demandeurs auront droit à leurs dépens pour la demande.

## ANNEXE

Dispositions législatives pertinentes

La présente section contient les dispositions législatives pertinentes.

La *Charte canadienne des droits et libertés* :

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

[...]

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

[...]

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente

court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

*The Constitution Act, 1982:*

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

*The Indian Act:*

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

...

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

...

**76.** (1) The Governor in Council may make orders and regulations with respect to band elections and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations with respect to

...

(e) the definition of residence for the purpose of determining the eligibility of voters.

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

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

...

**79.** The Governor in Council may set aside the election of a chief or councillor of a band on the report of the Minister that he is satisfied that

charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

*La Loi constitutionnelle de 1982 :*

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

*La Loi sur les Indiens :*

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

[. . .]

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

[. . .]

**76.** (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des décrets et règlements sur les élections au sein des bandes et, notamment, des règlements concernant :

[. . .]

e) la définition de « résidence » aux fins de déterminer si une personne est habile à voter.

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

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

[. . .]

**79.** Le gouverneur en conseil peut rejeter l'élection du chef ou d'un des conseillers d'une bande sur le rapport du ministre où ce dernier se dit convaincu, selon le cas :

...

(b) there was a contravention of this Act that might have affected the result of the election; or

(c) a person nominated to be a candidate in the election was ineligible to be a candidate.

The *Indian Band Election Regulations* [ss. 2 “elector” (as am. by SOR/2000-391, s. 1), 3 (as am. *idem*, s. 2)]:

2. In these Regulations,

...

“elector”, in respect of an election of the chief or councillors of a band, means a person who is qualified under section 77 of the Act to vote in that election;

...

3. The following rules apply to the interpretation of the words “ordinarily resident” in respect of the residency of an elector on a reserve consisting of more than one electoral section:

(a) subject to the other provisions of this section, the question as to where a person is or was ordinarily resident at any material time or during any material period shall be determined by reference to all the facts of the case;

(b) the place of ordinary residence of a person is, generally, that place which has always been, or which he has adopted as, the place of his habitation or home, whereto, when away therefrom, he intends to return and, specifically, where a person usually sleeps in one place and has his meals or is employed in another place, the place of his ordinary residence is where that person sleeps;

(c) a person can have one place of ordinary residence only, and he shall retain such place of ordinary residence until another is acquired;

(d) temporary absence from a place of ordinary residence does not cause a loss or change of place of ordinary residence.

...

12. (1) Within 45 days after an election, a candidate or elector who believes that

[. . .]

b) qu’il s’est produit une infraction à la présente loi pouvant influencer sur le résultat de l’élection;

c) qu’une personne présentée comme candidat à l’élection ne possédait pas les qualités requises.

Le *Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens* [art. 2 « électeur » (mod. par DORS/2000-391, art. 1), 3 (mod. *idem*, art. 2)]:

2. Dans le présent règlement,

[. . .]

« électeur » S’entend, à l’égard de l’élection du chef ou des conseillers d’une bande, d’une personne ayant les qualités requises pour voter à cette élection en vertu de l’article 77 de la Loi.

[. . .]

3. Les règles suivantes déterminent l’interprétation de l’expression « réside ordinairement » en ce qui concerne la résidence d’un électeur dans une réserve qui est, aux fins de vote, divisée en plus d’une section électorale :

a) sous réserve des autres dispositions du présent article, la question de savoir où une personne réside ou résidait ordinairement à une époque déterminée ou pendant une période de temps déterminée doit être élucidée en se référant à toutes les circonstances du cas;

b) le lieu de la résidence ordinaire d’une personne est en général l’endroit qui a toujours été ou qu’elle a adopté comme étant le lieu de son habitation ou de son domicile, où elle entend revenir lorsqu’elle s’en absente et, en particulier, lorsqu’une personne couche habituellement dans un endroit et mange ou travaille dans un autre endroit, le lieu de sa résidence ordinaire est celui où la personne couche;

c) une personne ne peut avoir qu’un seul lieu de résidence ordinaire, et elle ne peut le perdre sans en acquérir un autre;

d) l’absence temporaire du lieu de résidence ordinaire n’entraîne ni la perte ni le changement du lieu de résidence ordinaire.

[. . .]

12. (1) Si, dans les quarante-cinq jours suivant une élection, un candidat ou un électeur a des motifs raisonnables de croire :

(a) there was corrupt practice in connection with the election,

(b) there was a violation of the Act or these Regulations that might have affected the result of the election, or

(c) a person nominated to be a candidate in the election was ineligible to be a candidate, may lodge an appeal by forwarding by registered mail to the Assistant Deputy Minister particulars thereof duly verified by affidavit.

(2) Where an appeal is lodged under subsection (1), the Assistant Deputy Minister shall forward, by registered mail, a copy of the appeal and all supporting documents to the electoral officer and to each candidate in the electoral section in respect of which the appeal was lodged.

(3) Any candidate may, within 14 days of the receipt of the copy of the appeal, forward to the Assistant Deputy Minister by registered mail a written answer to the particulars set out in the appeal together with any supporting documents relating thereto duly verified by affidavit.

(4) All particulars and documents filed in accordance with the provisions of this section shall constitute and form the record.

...

**14.** Where it appears that

...

(c) a person nominated to be a candidate in an election was ineligible to be a candidate,

*The Indian Band Council Procedure Regulations:*

**31.** The council may make such rules of procedure as are not inconsistent with these Regulations in respect of matters not specifically provided for thereby, as it may deem necessary.

a) qu'il y a eu manœuvre corruptrice en rapport avec une élection,

b) qu'il y a eu violation de la Loi ou du présent règlement qui puisse porter atteinte au résultat d'une élection, ou

c) qu'une personne présentée comme candidat à une élection était inéligible,

il peut interjeter appel en faisant parvenir au sous-ministre adjoint, par courrier recommandé, les détails de ces motifs au moyen d'un affidavit en bonne et due forme.

(2) Lorsqu'un appel est interjeté au titre du paragraphe (1), le sous-ministre adjoint fait parvenir, par courrier recommandé, une copie du document introductif d'appel et des pièces à l'appui au président d'élection et à chacun des candidats de la section électorale visée par l'appel.

(3) Tout candidat peut, dans un délai de 14 jours après réception de la copie de l'appel, envoyer au sous-ministre adjoint, par courrier recommandé, une réponse par écrit aux détails spécifiés dans l'appel, et toutes les pièces s'y rapportant dûment certifiées sous serment.

(4) Tous les détails et toutes les pièces déposés conformément au présent article constitueront et formeront le dossier.

[. . .]

**14.** Lorsqu'il y a lieu de croire

[. . .]

c) qu'une personne présentée comme candidat à une élection était inadmissible à la candidature,

*Le Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens :*

**31.** Le conseil peut, s'il l'estime nécessaire, établir tout règlement interne, qui ne soit pas en contradiction au présent règlement, en ce qui concerne des points qui n'y sont pas spécifiquement prévus.