

A-524-92

A-524-92

**Native Women's Association of Canada, Gail Stacey-Moore and Sharon McIvor** (*Appellants*)

**Native Women's Association of Canada, Gail Stacey-Moore et Sharon McIvor** (*appelantes*)

v.

a c.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

and

et

**The Native Council of Canada, The Métis National Council and The Inuit Tapirisat of Canada** (*Intervenants*)

**Le Conseil national des autochtones du Canada, le Ralliement national des Métis et la Inuit Tapirisat du Canada** (*intervenants*)

*INDEXED AS: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA v. CANADA (C.A.)*

*c RÉPERTORIÉ: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA c. CANADA (C.A.)*

Court of Appeal, Mahoney and Stone JJ.A. and Gray D.J.—Toronto, June 11; Ottawa, August 20, 1992.

Cour d'appel, juges Mahoney et Stone, J.C.A. et juge suppléant Gray—Toronto, 11 juin; Ottawa, 20 août 1992.

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Appeal from dismissal of application to prohibit Government of Canada from making further payments to aboriginal organizations until equal funding and opportunity to participate in constitutional review process provided to Native Women's Association of Canada — Federal government allocating \$10 million to aboriginal groups, some of which opposed to application of Charter to aboriginal self-government and to gender equality — NWAC representing aboriginal women likely to suffer loss of rights if position taken by Assembly of First Nations (AFN) prevails — NWAC receiving 5% of amount provided to intervenants and AFN — Funding so disparate as to be prima facie inadequate to accord NWAC equal freedom of expression — Restriction of freedom of expression of aboriginal women contrary to Charter, ss. 2(b) and 28.*

*Drôit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Appel du rejet d'une demande visant à interdire au gouvernement du Canada de verser toute autre somme aux organisations autochtones tant qu'il n'aura pas accordé à la Native Women's Association of Canada une somme égale et le droit égal de participer au processus de révision de la Constitution — Le gouvernement fédéral a alloué 10 millions de dollars à des groupes autochtones, dont certains sont opposés à l'application de la Charte en matière d'autonomie gouvernementale autochtone et à l'égalité des sexes — La NWAC représente les femmes autochtones qui, vraisemblablement, perdront leurs droits si la position de l'Assemblée des premières nations (APN) prédomine — La NWAC a reçu 5 % du montant versé aux intervenants et à l'APN — La somme versée est si inégale qu'elle ne saurait prima facie respecter le droit de la NWAC à la liberté d'expression — Atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones contrairement aux art. 2(b) et 28 de la Charte.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Threat of loss of equality for native women if aboriginal self-governments unbounded by Charter created not present denial of right under Charter, s. 15 — By inviting and funding participation in constitutional review process of aboriginal organizations advocating male-dominated self-government, while excluding participation by Native Women's Association of Canada, Canadian government giving former priority in exercise of expressive activity, freedom of which guaranteed to both sexes under s. 28.*

*Drôit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La menace de perdre le droit à l'égalité des femmes autochtones si des gouvernements autochtones autonomes non assujettis à la Charte sont créés ne constitue pas le déni actuel d'un droit garanti à l'art. 15 de la Charte — En sollicitant et en finançant la participation des organisations autochtones qui sont partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine au processus de révision de la Constitution, tout en excluant la participation de la Native Women's Association of Canada, le gouvernement canadien a accordé aux premières une priorité dans l'exercice d'une activité relevant de l'expression, dont la liberté est garantie également aux personnes des deux sexes en vertu de l'art. 28.*

*Constitutional law — Constitutional conferences — Aboriginal peoples — Right of aboriginal peoples to participate in constitutional review process in manner different from other*

*Drôit constitutionnel — Conférences constitutionnelles — Peuples autochtones — Le droit des peuples autochtones de participer au processus de révision de la Constitution d'une*

*Canadians derives from Constitution Act, 1982, ss. 37, 37.1 provisions regarding constitutional conferences, not from "existing aboriginal and treaty rights" recognized and affirmed by s. 35(1) — Issue of right of aboriginal women to participate equally with aboriginal men not arising under s. 35(4).*

*Judicial review — Prerogative writs — Prohibition — Application for prohibition to prevent Government of Canada from providing further constitutional review process participation funding to certain aboriginal organizations until equal funding and opportunity to participate in process provided to Native Women's Association of Canada — Inappropriate remedy — Evidence not establishing equal funding necessary to accord aboriginal women equal measure of freedom of expression — Appellants not establishing basis for depriving other aboriginal organizations of funding — But declaration granted that freedom of expression and s. 28 guarantee of equality infringed.*

*Federal Court jurisdiction — Government inviting and funding participation of advocates of one position in constitutional review process, and excluding participation by opponent — No evidence decision to fund made by other than authorized emanation of federal government — Likely made by federal board, commission or other tribunal — Expenditure of funds must be authorized by Act of Parliament — Decision subject to s. 18 — If invitation to join in process not authorized by Act or regulation, must have been exercise of Crown prerogative — Act requires declaratory relief in respect of decision of federal board be sought by application under s. 18 — Court not interfering in legislative process if grants remedy — Constitutional amendment process had not begun when Charter violation occurred — Floodgates argument should not prevail when constitutionally guaranteed right infringed — Cause of action only if constitutional foundation for grievance by reason of favour shown by government demonstrated.*

This was an appeal from the dismissal of an application for an order prohibiting the Government of Canada from making any further payments to certain designated aboriginal organizations until it has provided to the Native Women's Association of Canada (NWAC) equal funding and an equal right of participation in the constitutional review process, including participation in First Ministers' Conferences.

The federal government had decided that a process parallel to that of the Parliamentary Committee considering and making recommendations on proposals for a renewed Canada, including an amendment to the Constitution to entrench a right to aboriginal self-government, should take place among the aboriginal peoples. To that end it provided some \$10,000,000

*façon différente de celle des autres Canadiens découle des art. 37 et 37.1 de la Loi constitutionnelle de 1982 qui portent sur les conférences constitutionnelles, et non de «droits existants-ancestraux ou issus de traités» reconnus et confirmés à l'art. 35(1) — La question du droit des femmes autochtones de participer, au même titre que les hommes autochtones, ne naît pas de l'art. 35(4).*

*Contrôle judiciaire — Brefs de prérogative — Prohibition — Demande visant à interdire au gouvernement du Canada d'accorder toute autre somme permettant à certaines organisations autochtones de participer au processus de révision de la Constitution tant qu'il n'aura pas accordé à la Native Women's Association of Canada une somme égale et la même possibilité de participer au processus — Réparation inappropriée — La preuve ne démontre pas qu'il faut nécessairement verser aux femmes autochtones la même somme pour qu'elles puissent jouir du même degré de liberté d'expression — Les appelantes n'ont démontré aucun fondement à une réparation privant d'autres organisations autochtones de leur financement — Mais le jugement déclaratoire porte que la liberté d'expression et le droit à l'égalité garanti à l'art. 28 ont été violés.*

*Compétence de la Cour fédérale — Le gouvernement sollicite et finance la participation des partisans d'une position au processus de révision de la Constitution et exclut la participation de ceux qui s'y opposent — Aucune preuve ne démontre que la décision d'accorder un financement a été prise par nul autre qu'une source autorisée du gouvernement fédéral — Il est vraisemblable qu'elle a été prise par un office fédéral — Le versement de deniers doit être autorisé par une loi du Parlement — La décision est assujettie à l'art. 28 — Si l'invitation à se joindre au processus n'est pas autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale — La Loi exige que la demande de jugement déclaratoire relativement à la décision d'un office fédéral se fasse conformément à l'art. 18 — La Cour n'interviendrait pas dans un processus législatif si elle accordait une réparation — Le processus de modification de la Constitution n'avait pas pris naissance lorsque la violation de la Charte s'est produite — L'argument du raz de marée ne devrait pas être accueilli lorsqu'un droit garanti par la Constitution a été violé — Il n'existe une cause d'action que si on établit sur le plan constitutionnel un grief fondé sur le traitement préférentiel accordé à un autre par le gouvernement.*

Il s'agit d'un appel formé contre le rejet d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au gouvernement du Canada de verser toute autre somme à certaines organisations autochtones désignées tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à la Native Women's Association of Canada (NWAC) et tant qu'il ne lui aura pas conféré le droit égal de participer au processus de révision de la Constitution, dont le droit de participer aux conférences des premiers ministres.

Le gouvernement fédéral a décidé qu'un processus parallèle à celui du comité parlementaire dont le mandat est d'examiner et de présenter des recommandations sur des propositions concernant un Canada renouvelé, et notamment la modification de la Constitution de manière à consacrer un droit à l'autonomie gouvernementale autochtone, devrait être mis en œuvre au sein

to certain designated aboriginal organizations, a portion of which was earmarked for the study of women's issues. Including donations from the Assembly of First Nations (AFN) and the Native Council of Canada (NCC) from their grants, and further funding from the Secretary of State, NWAC received about 5% of what had been provided to each of the four other aboriginal organizations.

The AFN has actively resisted the struggle of native women to rid the *Indian Act* of gender inequality. Largely due to the AFN's opposition to the application of the Charter to aboriginal self-government, the appellants became concerned that a constitutional resolution might be agreed upon that did not provide for application of the Charter to aboriginal self-governments. They are concerned that the Government of Canada is funding advocacy for a point of view that will, if successful, see the removal from aboriginal women of their rights under the Charter. The intervenants do not speak for the women of the First Nations whose interests are likely to be injured if the AFN's position prevails; NWAC represents those women.

The appellants allege (1) breach of their right to freedom of expression guaranteed by Charter, paragraph 2(b), which must be read together with section 28 which provides that the rights and freedoms referred to in the Charter are guaranteed equally to male and female persons; (2) breach of the equality rights of the individual appellants and of individuals represented by NWAC guaranteed by section 15; and (3) breach of *Constitution Act, 1982*, section 35 rights recognizing and affirming aboriginal and treaty rights and guaranteeing them equally to male and female persons. The respondent submitted that the constitutional review process was part of the legislative process in which the court ought not interfere, and that the decision to invite and fund participation of the designated aboriginal organizations was not the decision of a "federal board, commission or other tribunal" so as to render it amenable to the supervisory jurisdiction of the Court under section 18 of the *Federal Court Act*. The definition of "federal board, commission or other tribunal" was amended February 1, 1992 to include any body or persons exercising powers conferred by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown. The respondent also raised a "floodgates" argument in respect of any finding of a paragraph 2(b) violation. The issues were (1) whether the Government of Canada has breached the constitutional rights of the appellants by funding the designated aboriginal organizations and permitting their participation in constitutional discussions without providing NWAC equal funding and opportunity to participate; (2) whether relief in respect of that violation is available in a proceeding under *Federal Court Act*, section 18; (3) whether the violation occurred in a legislative process in which the Court ought not interfere.

*Held*, the appeal should be allowed.

des peuples autochtones. En conséquence, il a alloué à certaines organisations autochtones désignées la somme de 10 000 000 \$, une partie de laquelle était expressément affectée à l'étude des questions féminines. Les montants versés à la NWAC par l'Assemblée des premières nations (APN) et le Conseil national des autochtones du Canada (CNAC) à l'aide de leurs subventions et la subvention supplémentaire accordée par le Secrétariat d'État représentent environ 5 % de la somme versée à chacune des quatre organisations.

L'APN s'est activement opposée à la lutte des femmes autochtones pour mettre fin à l'inégalité des sexes consacrée dans la *Loi sur les Indiens*. Principalement en raison du rejet par l'APN de l'application de la Charte en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones, les appelantes ont commencé à craindre qu'une résolution constitutionnelle soit convenue sans qu'elle prévoie l'application de la Charte en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones. Elles s'inquiètent du financement par le gouvernement du Canada d'un point de vue qui, s'il prédomine, abrogera les droits des femmes autochtones garantis par la Charte. Les intervenants ne parlent pas au nom des femmes des premières nations dont les intérêts seront probablement lésés si la position de l'APN prédomine; or, la NWAC représente ces femmes.

Les appelantes allèguent (1) la violation de leur droit à la liberté d'expression garanti à l'alinéa 2b) de la Charte, qui doit être interprété conjointement avec l'article 28 qui prévoit que les droits et libertés mentionnés dans la Charte sont garantis également aux personnes des deux sexes; (2) la violation des droits à l'égalité des deux femmes appelantes et des femmes représentées par la NWAC, garantis à l'article 15; et (3) la violation de leurs droits, contrairement à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, selon lequel les droits ancestraux ou issus de traités sont reconnus et confirmés, et garantis également aux personnes des deux sexes. L'intimée a soutenu que le processus de révision de la Constitution fait partie d'un processus législatif dans lequel la Cour ne doit pas intervenir, et que la décision de solliciter et de financer la participation des organisations autochtones désignées n'émanait pas d'un «office fédéral», ce qui la soumettrait au contrôle de la Cour en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La définition d'«office fédéral» a été modifiée le 1<sup>er</sup> février 1992 afin d'y inclure toute personne ou groupe de personnes exerçant des pouvoirs prévus par une ordonnance prise en vertu d'une prerogative royale. L'intimée a également invoqué l'argument du «raz de marée» si on devait conclure à une violation de l'alinéa 2b). Les questions en litige sont les suivantes: 1) le gouvernement du Canada a-t-il violé les droits constitutionnels des appelantes en versant des deniers aux organisations autochtones désignées et en permettant leur participation aux discussions constitutionnelles, sans accorder à la NWAC une somme égale et sans lui offrir la même possibilité de participer? 2) Une action fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* peut-elle réparer cette violation? 3) La violation est-elle survenue au cours d'un processus législatif dans lequel la Cour ne devrait pas intervenir?

*Appel*: l'appel devrait être accueilli.

Measured against the norms of Canadian society as a whole, it is in the interests of aboriginal women that, if they become the subjects of aboriginal self-governments, they continue to enjoy the protection of the Charter, particularly the rights and freedoms accorded them by sections 15 and 28, or by equivalent provisions equally entrenched in aboriginal charters. Those interests are not represented by AFN, which advocates a contrary result, nor by the ambivalence of NCC and ITC. By inviting and funding the participation of those organizations in the current constitutional review process and excluding the equal participation of NWAC, the Canadian government has accorded the advocates of male-dominated aboriginal self-governments a preferred position in the exercise of an expressive activity, the freedom of which is guaranteed to everyone by paragraph 2(b) and which is, by section 28, guaranteed equally to men and women. It has thereby taken action which has had the effect of restricting the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter. Although equal funding to NWAC may not be necessary to achieve the equality required by section 28, the funding actually provided was so disparate as to be *prima facie* inadequate to accord the NWAC the equal freedom of expression mandated by the Charter.

The right of aboriginal peoples to participate in the constitutional review process in a manner different from other Canadians derives from sections 37 and 37.1 of the *Constitution Act, 1982*, not from any "existing aboriginal and treaty rights" recognized and affirmed by subsection 35(1) and therefore any right of aboriginal women to participate equally with aboriginal men does not arise under subsection 35(4).

The threat of the loss of equality if aboriginal self-governments, unbounded by the Charter, are created is not a present denial of a right under section 15. It is a "merely hypothetical consequence" which does not provide a basis for the Court to interfere in the current constitutional review process. The law does not accord any individual the right to be present at constitutional conferences nor the right to public funding to develop and communicate a constitutional position.

Relief in respect of the violation of the appellants' rights is available in a section 18 proceeding. There was no evidence that the decision to invite the designated aboriginal organizations to engage in a process parallel to that of the Parliamentary Committee was not made by an authorized emanation of the federal government alone and it is unlikely, if not legally impossible, that the decision to allocate federal funding was made by any but a federal board, commission or other tribunal. The expenditure of funds must have been authorized by Act of Parliament. If the invitation to join in the process was not authorized by Act or regulation, it must have been an exercise of Crown prerogative. Finally, the Act requires that declaratory relief in respect of a decision of a federal board, commission or other tribunal be sought by application under section 18.

Si l'on se reporte aux normes de la société canadienne en général, il est dans l'intérêt des femmes autochtones, si jamais elles sont assujetties à l'autonomie gouvernementale des autochtones, de continuer à jouir de la protection accordée par la Charte et, en particulier, des droits et libertés qui leur sont garantis par les articles 15 et 28, ou par des dispositions équivalentes également consacrées dans des chartes autochtones. Ces intérêts ne sont pas représentés à cet égard par l'APN, qui soutient un résultat contraire, ni par l'ambivalence du CNAC et de la ITC. En sollicitant et en finançant la participation de ces organismes au processus actuel de révision de la Constitution et en excluant la participation égale de la NWAC, le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée dans l'exercice d'une activité relevant de l'expression, dont la liberté est garantie à tous à l'alinéa 2b), et aussi bien aux femmes qu'aux hommes en vertu de l'article 28. Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones, contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la Charte. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de financer également la NWAC pour respecter le droit à l'égalité prévu à l'article 28, la somme actuellement versée est si inégale qu'elle ne saurait *prima facie* respecter le droit de la NWAC à liberté d'expression égale garantie par la Charte.

Le droit des peuples autochtones de participer au processus de révision de la Constitution d'une façon différente de celle des autres Canadiens découle des articles 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non de «droits existants-ancestraux ou issus de traités», reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1). En conséquence, le droit des femmes autochtones de participer, au même titre que les hommes autochtones, ne naît pas du paragraphe 35(4).

La menace de la perte de cette égalité, si des gouvernements autochtones autonomes, non visés par la Charte, sont créés, ne constitue pas elle-même le déni actuel d'un droit garanti à l'article 15. Il s'agit d'une «conséquence purement hypothétique» qui ne permet pas à la Cour d'intervenir dans le processus actuel de révision de la Constitution. La loi ne confère à personne le droit d'être présent à la table des conférences constitutionnelles ni le droit à un financement public en vue d'élaborer et de communiquer une position constitutionnelle.

Il est possible d'intenter une action fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour réparer la violation des droits des appelantes. Aucune preuve n'a démontré que la décision d'inviter les organisations autochtones désignées à entreprendre un processus parallèle à celui du comité parlementaire a été prise par nul autre qu'une source autorisée du gouvernement fédéral, et il n'est guère vraisemblable, sinon légalement impossible, que la décision de verser des deniers publics ait été prise par une autre entité qu'un office fédéral. Le versement des deniers doit avoir été autorisé par une loi du Parlement. Si l'invitation à se joindre au processus n'a pas été autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale. Finalement, la Loi exige que la demande de jugement déclaratoire relativement à la décision d'un office fédéral se fasse conformément à l'article 18.

The Court would not be interfering in a legislative process if it grants an appropriate remedy. Case law has established that the legislative process of amending the Constitution begins not later than when first ministers are convened to agree upon a constitutional resolution they will put to their legislatures. Accordingly, the amending process had not begun when the Charter violation occurred. It has also been established that the formulation of a constitutional resolution is part of the legislative process of amendment with which the courts will not interfere except, possibly, where a Charter-guaranteed right may be affected. Publishing proposals, committing them to public review by a parliamentary committee and initiating a parallel process among the aboriginal peoples are integral to policy development, not implementation.

A decision to fund will be made on the basis of need to permit effective and informed expression by an otherwise handicapped and particularly concerned interest group. A proper decision to fund one group, but not another should be justifiable under Charter, section 1. The floodgates argument is one of administrative convenience which ought not prevail when a constitutionally guaranteed right or freedom has been proved to have been infringed. Only one who can show a constitutional foundation for a grievance by reason of the favour shown by the government to another will be able to obtain the assistance of the courts.

Prohibition is not an appropriate remedy. The evidence does not permit a judicial conclusion that equal funding is necessary to accord aboriginal women the equal measure of freedom of expression guaranteed them by Charter, section 28. The appropriate *quantum* of funding should be determined by the executive, conscious of the need to accord that equality. Furthermore, the appellants did not establish a basis for depriving the designated aboriginal organizations of their funding. Finally, the constitutional review process has moved beyond consultation. The Court can and would declare that by including an organization, such as AFN, proved to be adverse in interest to aboriginal women as measured against the norms of Canadian society, while excluding NWAC, an organization that speaks for their interest, in a constitutional review process intended to assist it in deciding the content of a constitutional resolution affecting aboriginal rights to be put to Parliament, the federal government has restricted the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec*, S.Q. 1991, c. 34.  
*Appropriation Act No. 3, 1991-92*, S.C. 1991, c. 53.  
*Appropriation Act No. 4, 1991-92*, S.C. 1992, c. 7.

La Cour n'interviendrait pas dans un processus législatif si elle accordait aux appelantes la réparation appropriée. La jurisprudence a établi que le processus législatif visant à modifier la Constitution débute dès que les premiers ministres sont convoqués à une conférence en vue d'adopter une résolution constitutionnelle qu'ils soumettront à leur législature. Par conséquent, le processus de modification n'avait pas pris naissance lorsque la violation de la Charte s'est produite. Il a également été établi que la rédaction d'une résolution constitutionnelle fait partie du processus législatif de modification dans lequel les tribunaux n'interviendront que si des droits garantis par la Charte ont été violés. La publication des propositions, leur examen par le public par l'entremise d'un comité parlementaire et la mise sur pied d'un processus parallèle au sein des peuples autochtones font partie intégrante de l'élaboration d'une politique plutôt que de sa mise en œuvre.

La décision de financer sera prise en fonction du manque d'argent, pour permettre à un groupe d'intérêt par ailleurs désavantagé et particulièrement intéressé de s'exprimer de manière efficace et informée. La décision équitable de financer un groupe de préférence à un autre devrait se justifier en vertu de l'article premier de la Charte. L'argument du raz de marée est un argument de commodité administrative qui ne doit pas être accueilli lorsqu'on a établi la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Seul celui qui pourra établir sur le plan constitutionnel son grief fondé sur le traitement préférentiel accordé à un autre par le gouvernement, pourra obtenir le concours des tribunaux.

La prohibition n'est pas la réparation appropriée. La preuve ne permet pas au tribunal de conclure qu'il faut nécessairement verser aux femmes autochtones une somme égale pour qu'elles puissent jouir du même degré de liberté d'expression garanti à l'article 28 de la Charte. La question du montant approprié du financement devrait être tranchée par l'exécutif, conscient du besoin de respecter cette égalité. En outre, les appelantes n'ont démontré aucun fondement à une réparation privant les organisations autochtones désignées de leur financement. Enfin, le processus de révision de la Constitution se situe maintenant au-delà de la consultation. Le tribunal peut déclarer, et déclarerait, que le gouvernement fédéral a porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones de façon incompatible avec l'alinéa 2b) et l'article 28 de la Charte en incluant une organisation telle que l'APN, dont les intérêts sont indiscutablement opposés à ceux des femmes autochtones selon les normes de la société canadienne en général, tout en excluant la NWAC, une organisation qui défend leurs intérêts, dans un processus de révision de la Constitution visant à l'aider à choisir le contenu d'une résolution constitutionnelle devant être présentée au Parlement, et qui affecte les droits des autochtones.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*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, 2b), 15, 28.

*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, 2(b), 15, 28.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 35(1), (4) (as enacted by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 2) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 46], 37, 37.1 (as am. *idem*, s. 4).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4).

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 12(1)(b).

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1), (4) (édicte par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, annexe, art. 2) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 46], 37, 37.1 (mod., *idem*, art. 4).

*Loi de crédits n° 3, 1991-1992*, L.C. 1991, ch. 53.

*Loi de crédits n° 4, 1991-1992*, L.C. 1992, ch. 7.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod. *idem*, art. 4).

*Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1991, ch. 34.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 12(1)(b).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

### APPLIED:

*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; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 1 Admin. L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (Y.T.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1988] 1 S.C.R. xii; (1988), 46 D.L.R. (4th) vi; 27 B.C.L.R. (2d) xxxv; 3 Y.R. 159.

### CONSIDERED:

*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association*, decision dated March 17, 1992, N.S.H.R.Trib., not yet reported.

### REFERRED TO:

*Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552; (1988), 52 D.L.R. (4th) 681; 31 Admin. L.R. 123; 22 F.T.R. 80; 87 N.R. 389 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 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; *Schachter v. Canada*, Doc. 21889, judgment dated 9/7/92, S.C.C., not yet reported; *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

## JURISPRUDENCE

### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 1 Admin. L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161; *Penikett v. Canada* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108; [1988] 2 W.W.R. 481; 21 B.C.L.R. (2d) 1; [1988] N.W.T.R. 18; 2 Y.R. 314 (C.A.T.Y.); autorisation d'appeler refusée [1988] 1 R.C.S. xii; (1988), 46 D.L.R. (4th) vi; 27 B.C.L.R. (2d) xxxv; 3 Y.R. 159.

### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association*, décision en date du 17 mars 1992, Tribunal des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse, encore inédite.

### DÉCISIONS CITÉES:

*Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552; (1988), 52 D.L.R. (4th) 681; 31 Admin. L.R. 123; 22 F.T.R. 80; 87 N.R. 389 (C.A.); *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 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; *Schachter c. Canada*, Doc. 21889, jugement en date du 9-7-92, C.S.C., encore inédit; *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; (1977), 74 D.L.R. (3d) 1; 33 C.C.C. (2d) 366; 14 N.R. 285; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

## AUTHORS CITED

Canada. *Shaping Canada's Future Together—Proposals*, Minister of Supply and Services Canada, 1991.

APPEAL from dismissal ([1992] 2 F.C. 462 (T.D.)) of an application for an order prohibiting the Government of Canada from making any further payments to certain aboriginal organizations until it had provided to the NWAC equal funding and an equal right of participation in the constitutional review process. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Mary Eberts* for appellants.  
*Graham Garton, Q.C.* for respondent.  
*John D. Richard, Q.C.* for intervenant The Métis National Council.  
*Dougald E. Brown* for intervenant The Inuit Tapirisat of Canada.  
*Martin W. Mason* for intervenant The Native Council of Canada.

## SOLICITORS:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.  
*Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon*, Ottawa, for intervenant The Métis National Council.  
*Nelligan/Power*, Ottawa, for intervenant The Inuit Tapirisat of Canada.  
*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa for intervenant The Native Council of Canada.

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

MAHONEY J.A.: This is an appeal from the dismissal [[1992] 2 F.C. 462 (T.D.)], with costs if asked for, of the appellants' application for an order prohibiting the Government of Canada from making any further payments to the Assembly of First Nations, the Native Council of Canada, the Métis National Council and the Inuit Tapirisat of Canada, hereinafter collectively "the designated aboriginal organizations", until (1) it has provided equal funding to the appel-

## DOCTRINE

Canada. *Bâtir ensemble l'avenir du Canada—Propositions*, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1991.

APPEL du rejet ([1992] 2 C.F. 462 (1<sup>re</sup> inst.)) d'une demande en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au gouvernement du Canada de verser toute autre somme à certaines organisations autochtones tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à la NWAC et tant qu'il ne lui aura pas conféré le droit égal de participer au processus de révision de la Constitution. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Mary Eberts* pour les appelantes.  
*Graham Garton, c.r.*, pour l'intimée.  
*John D. Richard, c.r.*, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.  
*Dougald E. Brown* pour l'intervenante la Inuit Tapirisat du Canada.  
*Martin W. Mason* pour l'intervenant le Conseil national des autochtones du Canada.

## PROCUREURS:

*Tory Tory DesLauriers & Binnington*, Toronto, pour les appelantes.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.  
*Lang, Michener, Honeywell, Wotherspoon*, Ottawa, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.  
*Nelligan/Power*, Ottawa, pour l'intervenante la Inuit Tapirisat du Canada.  
*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour l'intervenant le Conseil national des autochtones du Canada.

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

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Il s'agit d'un appel formé contre le rejet [[1992] 2 C.F. 462 (1<sup>re</sup> inst.)], avec dépens s'ils sont demandés, de la requête des appelantes en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au gouvernement du Canada de verser toute autre somme à l'Assemblée des premières nations, au Conseil national des autochtones du Canada, au Ralliement national des Métis et à la Inuit Tapirisat du Canada, ci-après appelées collectivement «organisa-

lant, the Native Women's Association of Canada, hereinafter "NWAC", and (2) it has provided NWAC an equal right of participation in the constitutional review process as the said organizations including participation in First Ministers' Conferences to discuss constitutional renewal. As I appreciate their argument, the appellants are primarily concerned with participation in the process; their concern with financing is directed to rendering that participation as informed and effective as that of the designated aboriginal organizations.

### The Appellants

The individual appellants, Gail Stacey-Moore and Sharon McIvor, are respectively a Mohawk of Kahnawake, Quebec, and a member of the Lower Nicola Band of British Columbia. Both are executive members of NWAC. There is ample evidence which need not be reviewed that they individually, and native women as a class, remain doubly disadvantaged in Canadian society by reason of both race and sex and disadvantaged in at least some aboriginal societies by reason of sex. The uncontradicted evidence is that they are also seriously disadvantaged by reason of sex within the segment of aboriginal society residing on or claiming the right to reside on Indian reservations.

NWAC is a non-profit organization, incorporated in 1974. Its Board of Directors is comprised of members from all provinces and territories. The evidence establishes that it is a grassroots organization founded and led by aboriginal women, at least Métis and both status and non-status Indian women. While I find nothing that would indicate that Inuit women are unwelcome, I find no evidence of their participation. Among its objectives is to be the national voice for native women, to advance their issues and concerns and to assist and promote common goals toward native self-determination. The record is replete with evidence of NWAC's activities in pursuit of those objectives including the publication of reports and

tions autochtones désignées», (1) tant qu'il n'aura pas versé une somme égale à l'appelante, la Native Women's Association of Canada, ci-après appelée «NWAC», et (2) tant qu'il n'aura pas conféré à la NWAC le droit égal à celui des mêmes organisations de participer au processus de révision de la Constitution, dont le droit de participer aux conférences des premiers ministres afin de discuter du renouvellement de la Constitution. Je retiens de leur argument que les appelantes sont avant tout intéressées à participer à ce processus; leur intérêt dans le financement vise à rendre cette participation aussi bien informée et efficace que celle des organisations autochtones désignées.

### Les appelantes

Les appelantes Gail Stacey-Moore et Sharon McIvor sont respectivement une Mohawk de Kahnawake (Québec) et un membre de la Bande indienne de Lower Nicola de la Colombie-Britannique. Elles sont toutes deux membres de la direction de la NWAC. Il ressort de la preuve abondante, qu'il n'est pas nécessaire de revoir, qu'elles, individuellement, et les femmes autochtones, comme groupe, sont doublement désavantagées au sein de la société canadienne en raison de leur origine ethnique et de leur sexe, et dans certaines sociétés autochtones en raison de leur sexe. Selon la preuve non contredite, elles sont également sérieusement lésées en raison de leur sexe parmi les membres de la société autochtone qui résident ou réclament le droit de résider sur des réserves indiennes.

Organisation à but non lucratif, la NWAC a été constituée en 1974. Son conseil d'administration est formé de membres provenant de toutes les provinces et des territoires. La preuve démontre qu'il s'agit d'une organisation populaire, fondée et dirigée par les femmes autochtones, soit métis soit indiennes inscrites ou non inscrites. Si rien n'indique que les femmes Inuit ne sont pas les bienvenues, la preuve ne fait pas état de leur participation. La NWAC a notamment pour objectif de représenter les femmes autochtones sur le plan national afin de faire progresser les questions et les préoccupations qui les touchent et de soutenir et promouvoir des objectifs communs visant à l'autodétermination des autochtones. Le dossier

position papers and appearances before judicial inquiries and Parliamentary committees. NWAC is a *bona fide*, established and recognized national voice of and for aboriginal women.

regorge d'éléments de preuve démontrant les efforts déployés par la NWAC pour atteindre ces objectifs, dont la publication de rapports et d'exposés de principes et des comparutions lors d'enquêtes judiciaires et devant les comités parlementaires. La NWAC est un porte-parole national sérieux, établi et reconnu, agissant au nom des femmes autochtones et pour elles.

### The Current Constitutional Review Process

In June, 1991, the Quebec legislature enacted a law requiring the provincial government to hold a referendum on the sovereignty of Quebec between either June 8 and 22 or October 12 and 26, 1992.<sup>1</sup> Shortly before that law came into force, the Canadian government caused the appointment of a Special Joint Committee of the Senate and House of Commons "to inquire into and make recommendations to Parliament on . . . proposals for a renewed Canada contained in the documents to be referred to it by the Government." Among its 28 proposals was the following:

*The Government of Canada proposes an amendment to the Constitution to entrench a general justiciable right to aboriginal self-government in order to recognize aboriginal peoples' autonomy over their own affairs within the Canadian federation . . . [S]uch a right . . . would be exercised within the Canadian constitutional framework, subject to the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*<sup>2</sup>

While the Parliamentary Committee went about its work, the federal government appears to have decided or agreed that a parallel process should take place among the aboriginal peoples. As a result it provided funding to the designated aboriginal organizations. They had been involved in the constitutional conferences convened in 1983, 1984, 1985 and 1987 pursuant to sections 37 and 37.1 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (as am. by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 4) [R.S.C., 1985, Appendix

### Le processus actuel de révision de la Constitution

En juin 1991, la Législature du Québec a adopté une loi prévoyant la tenue, par le gouvernement provincial, d'un referendum sur la souveraineté du Québec entre le 8 et le 22 juin ou entre le 12 et le 26 octobre 1992<sup>1</sup>. Peu avant l'entrée en vigueur de la Loi, le gouvernement canadien a mis sur pied un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes [TRADUCTION] «dont le mandat est d'examiner et de présenter des recommandations au Parlement sur . . . des propositions concernant un Canada renouvelé, contenues dans les documents que le gouvernement consultera». Au nombre de ses 28 propositions, figurait celle-ci:

*Le gouvernement du Canada propose de modifier la Constitution de manière à consacrer un droit à l'autonomie gouvernementale autochtone invocable devant les tribunaux afin de reconnaître l'autorité des autochtones sur leurs propres affaires au sein de la fédération canadienne . . . [C]e droit . . . serait exercé dans le cadre constitutionnel canadien et assujéti à la Charte canadienne des droits et libertés.*<sup>2</sup>

Pendant que le comité parlementaire vaquait à sa tâche, le gouvernement fédéral paraît avoir décidé ou convenu qu'un processus parallèle devrait être mis en œuvre au sein des peuples autochtones. En conséquence, il a accordé un financement aux organisations autochtones désignées. Celles-ci avaient participé aux conférences constitutionnelles convoquées en 1983, 1984, 1985 et 1987 conformément aux articles 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (mod. par *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*,

<sup>1</sup> [An Act respecting the process for determining the political and constitutional future of Québec] S.Q. 1991, c. 34.

<sup>2</sup> *Shaping Canada's Future Together—Proposals*, at p. 7 A.B. III, at p. 414.

<sup>1</sup> [Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec] L.Q. 1991, ch. 34.

<sup>2</sup> *Bâtir ensemble l'avenir du Canada—Propositions*, à la p. 8 D.A. III, à la p. 414.

II, No. 46]],<sup>3</sup> which expressly required inclusion of an agenda item "respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada" and that "the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussion on that item."

It is common knowledge that the process has now moved beyond the Parliamentary Committee stage. When this appeal was heard, federal, provincial and territorial ministers, excluding representation from Quebec, but with representation from the designated aboriginal organizations at some, at least, of their meetings, were engaged in designing a constitutional proposal to be put to Quebec. The process has since moved to closed meetings of First Ministers, including the Premier of Quebec, but excluding representatives of the territories and aboriginal peoples.

#### The Contribution Agreements

Some \$10,000,000 is said to have been allocated among the designated aboriginal organizations. A portion of the funds advanced was specifically earmarked for the study of women's issues. The Assembly of First Nations and the Native Council of Canada each allocated \$130,000 of its grant to NWAC and a further grant by the Secretary of State brought the total funding provided to NWAC to about 5% of what had been provided to each of the four organizations under the Contribution Agreements.

The Contribution Agreements are not in evidence. They were entered into under the Aboriginal Constitutional Review Program of the Department of the Secretary of State. Parliamentary authorization for the expenditures are apparently to be found in items for that Department in Appropriation Acts Nos. 3 and 4, 1991-92.<sup>4</sup> The purpose for which the funds are to be expended has, it seems, not been defined by Act of Parliament or regulation.

<sup>3</sup> In the event, these required that constitutional conferences, composed of first ministers, be held within one, three and five years after April 17, 1982.

<sup>4</sup> *Appropriation Act No. 3, 1991-92*, S.C. 1991, c. 53 and *Appropriation Act, No 4, 1991-92*, S.C. 1992, c. 7.

TR/84-102, annexe, art. 4) [L.R.C. (1985) appendice II, n° 46]]<sup>3</sup>, lesquels exigeaient expressément qu'à l'ordre du jour figurent des «questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada» et que «le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions».

Tous savent que le processus se situe désormais au-delà de l'étape du comité parlementaire. Lorsque le présent appel a été entendu, les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux, à l'exception de ceux du Québec, mais avec la participation des organisations autochtones désignées, à certaines, à tout le moins, des réunions, prenaient part à la conception d'une proposition constitutionnelle devant être présentée au Québec. Le processus est depuis parvenu à l'étape des réunions fermées des premiers ministres, dont celui du Québec, qui excluent toutefois les représentants des territoires et des peuples autochtones.

#### Les accords de contribution

Quelque 10 000 000 \$ auraient été alloués aux organisations autochtones désignées. Une partie des deniers versés a expressément été affectée à l'étude des questions féminines. L'Assemblée des premières nations et le Conseil national des autochtones du Canada ont chacun alloué 130 000 \$ de leur subvention à la NWAC, et une subvention supplémentaire accordée par le Secrétariat d'État a porté la somme totale versée à la NWAC à environ 5 % de celle versée à chacune des quatre organisations en vertu des accords de contribution.

Les accords de contribution n'ont pas été produits en preuve. Ils ont été conclus en application du Programme de révision des affaires constitutionnelles des autochtones du Secrétariat d'État. L'autorisation parlementaire en matière de dépenses se trouve apparemment aux postes destinés à ce ministère dans les Lois de crédits n° 3 et n° 4 pour 1991-1992<sup>4</sup>. L'affectation des sommes ne semble avoir été précisée dans aucune Loi du Parlement ni aucun règlement.

<sup>3</sup> Dans ce cas, ces articles exigeaient que des conférences constitutionnelles, réunissant les premiers ministres, soient tenues dans un délai d'un, trois et cinq ans à compter du 17 avril 1982.

<sup>4</sup> *Loi de crédits n° 3 pour 1991-1992*, L.C. 1991, ch. 53 et *Loi de crédits n° 4 pour 1991-1992*, L.C. 1992, ch. 7.

### The Appellants' Concerns

In the course of the process paralleling the work of the Parliamentary Committee, which included discussions between the designated aboriginal organizations and the federal government as well as among themselves, the appellants became concerned that a constitutional resolution might be agreed upon that did not provide for application of the Charter [*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]] to aboriginal self-governments. NWAC asked for equal funding and participation. The federal government's response was that it wished aboriginal women's concerns to be dealt with within the aboriginal community itself and that, to that end, the Contribution Agreements had required the designated aboriginal organizations to spend a portion of the funding on women's issues.

The basis of concerns of NWAC and aboriginal women is eloquently stated in the affidavit of Ms. Stacey-Moore.

86. The exclusion of NWAC from direct funding for constitutional matters and from direct participation in constitutional discussions poses a grave threat to the equality of Aboriginal women. The [Assembly of First Nations], in particular is strongly of the view that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* should not apply to Aboriginal self-governments. Without the *Charter*, Aboriginal women will be helpless to resist the discriminatory actions of Band Councils, or any other form of self-government to be developed. This is because the *Canadian Human Rights Act* does not apply to the *Indian Act*, and provincial human rights codes are also inapplicable for jurisdictional reasons. Although the AFN has expressed an interest in establishing an *Aboriginal Charter of Rights*, Ovide Mercredi, the Grand Chief, has recently advised NWAC that AFN had done nothing towards its development and NWAC should develop a *Charter* if we are intent on having something soon.

87. Even if a model *Aboriginal Charter of Rights* were developed, the position of women in the Aboriginal communities would not necessarily be secure. Getting such a *Charter* accepted by each self-governing entity, and maintaining efficient and well-funded enforcement mechanisms, are major hurdles facing women who seek to rely on such an instrument.

### Les préoccupations des appelantes

Au cours du processus, établi parallèlement aux travaux du comité parlementaire et incluant des discussions que les organisations autochtones désignées avaient entre elles aussi bien qu'avec le gouvernement fédéral, les appelantes ont commencé à craindre qu'une résolution constitutionnelle soit convenue sans qu'elle ne prévoie l'application de la Charte [*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]] en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones. La NWAC a réclamé une participation et un financement égaux. Le gouvernement fédéral a alors exprimé le souhait que les préoccupations des femmes autochtones soient examinées au sein de la collectivité autochtone elle-même et que, à cette fin, les accords de contribution avaient exigé des organisations autochtones désignées qu'elles consacrent une partie de leurs subventions aux questions féminines.

Dans son affidavit, Mme Stacey-Moore expose avec éloquence le fondement des préoccupations de la NWAC et des femmes autochtones.

[TRADUCTION] 86. L'exclusion de la NWAC de tout financement direct en matière constitutionnelle et de toute participation directe dans les discussions sur la Constitution constitue une menace sérieuse à l'égalité des femmes autochtones. L'[Assemblée des premières nations], en particulier, est fortement d'avis que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne devrait pas s'appliquer en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones. Sans la Charte, les femmes autochtones seront sans défense contre les actes discriminatoires des Conseils de bande, ou de toute autre forme de gouvernement autonome à être établi. Il en serait ainsi puisque la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne s'applique pas à la *Loi sur les indiens*, ni d'ailleurs les codes provinciaux relatifs aux droits de la personne, pour des motifs de compétence. Bien que l'APN ait exprimé le désir d'établir une *Charte autochtone des droits*, Ovide Mercredi, le grand chef, a récemment avisé la NWAC que l'APN n'avait rien fait dans ce sens, et la NWAC devrait élaborer une Charte si nous désirons obtenir un résultat bientôt.

87. Même si une *Charte autochtone des droits* modèle était conçue, la position des femmes au sein des collectivités autochtones ne serait pas nécessairement protégée. L'acceptation de cette Charte par chaque entité autonome, et le maintien de méthodes d'exécution efficaces et bien financées représentent de sérieux défis pour les femmes qui souhaitent pouvoir compter sur un tel texte.

88. As I said in my address to the Chiefs in Assembly, Exhibit "W"

The Assembly of First Nations is proposing an Aboriginal Code of Human Rights which it claims will have more rights assured than the *Charter of Rights and Freedoms*. Will this AFN model code be entrenched in the Canadian Constitution? The answer is likely, no it will not be entrenched. Why? Because First Nation leaders have already expressed concern that no code be imposed on their governments. First Nations do not want any code of human rights, federal or Aboriginal, imposed from outside the community. This means individual women in each community must struggle daily in their own community, isolated from the Aboriginal women's movement, to have a model community code of human rights put in place. Until that community code is in place, human rights of women and children are not guaranteed.

89. If those who advocate that the *Canadian Charter* not apply to Aboriginal self-government are successful, it will mean that Aboriginal women have no protection under any instrument guaranteeing our basic human and equality rights. In those circumstances, we will not be equal partners with Aboriginal males in developing an Aboriginal approach to self-government: their historic dominance will simply be repeated in this new setting.

90. Aboriginal women are at a crisis point. The Government of Canada is funding advocacy for a point of view that will, if successful, see the removal from Aboriginal women of their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It has recognized that point of view as the official or "representative" view, while failing to take into account that it is the view of male-dominated organizations, which do not have as much need of the *Charter's* equality guarantees in their own community as do women. As an Aboriginal woman, I face the prospect that the price I will pay for Aboriginal self-government will be the loss of my existing equality rights.

91. Why women are concerned about having no protection of their rights in the Aboriginal community is clear. As I stated in my address to the chiefs, Exhibit "W",

Why are we so worried as women? We have never discussed self governments in our communities. There is much to be learned. We are living in chaos in our communities. We have a disproportionately high rate of child sexual abuse and incest. We have wife battering, gang rapes, drug and alcohol abuse and every kind of perversion imaginable has been imported into our daily lives. The development of programs, services and policies for handling domestic violence has been placed in the hands of men. Has it resulted in a reduction of this kind of violence? Is a woman or a child safe in their own home in an Aboriginal community? The statistics show this is not the case . . . .

88. Comme je l'ai mentionné dans mon allocution aux chefs en assemblée, pièce «W»,

L'Assemblée des premières nations propose un Code autochtone des droits de la personne qui, selon elle, sera plus avantageux que la *Charte des droits et libertés*. Ce code modèle de l'APN sera-t-il consacré dans la Constitution canadienne? Il est probable qu'il ne le soit pas. Pourquoi? Parce que les chefs de l'Assemblée des premières nations ont déjà exprimé leur désir qu'aucun code ne soit imposé à leurs gouvernements. Les Premières nations ne veulent d'aucun code des droits de la personne, fédéral ou autochtone, imposé par des tiers. Il s'ensuit que chaque femme au sein de chaque collectivité doit y lutter quotidiennement, isolée des organisations féminines autochtones, pour qu'un code des droits de la personne modèle soit conçu au sein de sa collectivité. Jusqu'à ce que ce code appartenant à la collectivité soit en place, les droits des femmes et des enfants ne sont pas garantis.

89. Si ceux qui préconisent la non-application de la *Charte canadienne* en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones l'emportent, les femmes autochtones n'auront aucune protection en vertu d'aucun texte garantissant leurs droits fondamentaux de la personne et ceux à l'égalité. En pareilles circonstances, nous ne serons pas les partenaires égales des hommes autochtones dans la conception d'une position autochtone à l'égard de l'autonomie gouvernementale: leur domination historique sera tout simplement répétée dans ce nouveau cadre.

90. Les femmes autochtones sont à un tournant. Le gouvernement du Canada finance un point de vue qui, s'il prédomine, abrogera les droits des femmes autochtones garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il en a fait le point de vue officiel «représentatif», en négligeant le fait qu'il s'agit du point de vue d'organisations dominées par les hommes qui, dans leur propre collectivité, n'ont pas, autant que les femmes, besoin des garanties à l'égalité accordées par la *Charte*. À titre de femme autochtone, je prévois que le prix de l'autonomie gouvernementale des autochtones sera la perte des mes droits existants à l'égalité.

91. La raison pour laquelle les femmes craignent l'absence de protection de leurs droits au sein de la collectivité autochtone est évidente. Comme je l'ai dit dans mon allocution aux chefs, pièce «W»,

Pourquoi sommes-nous si inquiètes en tant que femmes? Nous n'avons jamais parlé d'autonomie gouvernementale dans nos collectivités. Il y a tant à apprendre. Nous vivons dans un chaos. Nos enfants sont victimes d'un taux proportionnellement élevé d'agressions sexuelles et d'inceste. La violence faite aux femmes, les viols en bande, l'abus de drogues et d'alcool et toutes sortes de perversions imaginables ont été introduits dans nos vies quotidiennes. La mise sur pied de programmes, de services et de politiques visant à faire face à la violence familiale a été confiée aux hommes. En est-il résulté une diminution de cette forme de violence? La femme et l'enfant sont-ils en sécurité dans leur propre

92. NWAC wants an equal chance to influence public debate, and to safeguard the destiny of its members, and other Aboriginal women of Canada. It believes that a collectivity cannot be strong if over one-half that collectivity is without rights, and without a voice. It believes that the Government of Canada should not fund advocacy of a position that seeks removal of basic constitutional protection from the Aboriginal women of Canada.

Ms. McIvor deposes to having read that affidavit and that she agrees with all Ms. Stacey-Moore has deposed.

### The Intervenants

The Native Council of Canada, hereinafter "NCC", is a national organization incorporated in 1972 to advance the rights and interests of Métis, non-status Indians and off-reserve registered Indians throughout Canada. It denies being a male or male-dominated organization. It is composed of provincial and territorial organizations. Each provincial and territorial organization sends delegates to an annual meeting which elects a president and vice-president who, with the president of each constituent organization, constitute the executive. While the president and vice-president are presently both men, the president who negotiated the Contribution Agreement was, in fact, a woman. The presidents of its Alberta, Yukon and Labrador constituents are presently women as is a majority of the directors of its B.C. affiliate. In addition to the \$130,000 allocation it assigned four of its seats at the March 13-15, 1992, Aboriginal Conference on the Constitution to NWAC to permit it to be represented there.<sup>5</sup> It has been active in opposing gender-based discrimination under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5]. As to the Charter, NCC's position is that it should apply to "Indian Act governments" but that when aboriginal self-government is achieved, its application should be a matter for each "nation". The record suggests that some "nations" which, notwithstanding the Charter, have persisted in exiling Indian women not married to Indian men, but not the reverse, will continue to opt for male domination.

<sup>5</sup> The Government of Canada also allocated four of its seats to NWAC with the result that NWAC had eight of 184 delegates at the table.

maison, au sein d'une collectivité autochtone? Les statistiques démontrent qu'il n'en est rien . . . .

92. La NWAC désire obtenir une chance égale d'influer sur le débat public et de protéger la destinée de ses membres et des autres femmes autochtones du Canada. Elle croit qu'une collectivité ne peut être forte si plus de la moitié de celle-ci demeure sans droits et sans voix. Elle croit que le gouvernement du Canada ne devrait pas financer la défense d'une position qui cherche à priver les femmes autochtones du Canada de la protection constitutionnelle fondamentale.

Mme McIvor atteste avoir lu cet affidavit et être en parfait accord avec le témoignage de Mme Stacey-Moore.

### Les intervenants

Constitué en 1972, le Conseil national des autochtones du Canada, ci-après «CNAC», est une organisation nationale qui cherche à promouvoir les droits et les intérêts des Métis, des Indiens non inscrits, et des Indiens inscrits qui vivent hors des réserves au Canada. Il nie être une organisation masculine ou dominée par les hommes. Il est formé d'organisations provinciales et territoriales qui envoient toutes des délégués à une réunion annuelle au cours de laquelle sont élus un président et un vice-président qui, avec le président de chaque organisation composante, forment la direction. Si les président et vice-président sont présentement des hommes, celui qui a négocié l'accord de contribution était, en fait, une femme. Les présidents de ses composantes de l'Alberta, du Yukon et du Labrador sont présentement des femmes, de même que la majorité des membres du conseil d'administration de sa composante affiliée de la Colombie-Britannique. Outre l'attribution de 130 000 \$, le Conseil a assigné à la NWAC quatre de ses sièges lors de la Conférence autochtone sur la Constitution tenue du 13 au 15 mars 1992 afin de lui permettre d'y être représentée.<sup>5</sup> Il s'est activement opposé à la discrimination fondée sur le sexe née de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5]. Quant à la Charte, selon le CNAC, elle devrait s'appliquer aux «gouvernements visés par la Loi sur les Indiens», mais lorsque l'autonomie gouvernementale sera acquise, son application devrait être laissée au gré de chaque «nation». Le dossier suggère que certaines «nations» ayant, nonobstant la Charte, persisté à bannir les

<sup>5</sup> Le gouvernement du Canada a également assigné quatre de ses sièges à la NWAC de sorte que des 184 délégués à la table, 8 représentaient la NWAC.

NCC's position is that the learned Trial Judge did not err in concluding that the appellants had failed to establish any *prima facie* breach of their Charter rights.

The Métis National Council, hereinafter "MNC", is a federation of organizations from Ontario, the western provinces and the Northwest Territories. It denies that NWAC represents Métis women; \$130,000 of its grant was earmarked to enable Métis women to address their particular concerns. While Métis women do not by any means comprise half of the executive members of its constituent organizations, the evidence is that they have been a significant proportion over the years. MNC supported proclamation of subsection 35(4) of the *Constitution Act, 1982* [as enacted by *Constitution Amendment Proclamation, 1983*, SI/84-102, Schedule, s. 2 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 46]] and supports application of the Charter, specifically including section 15, to aboriginal self-governments. In addition, it proposes a Métis Charter.

MNC also submits that the learned Trial Judge did not err in finding no breach of any Charter right to have been established and that, in any event, no basis for a remedy affecting it, the deprivation of its funding, had been established.

The Inuit Tapirisat of Canada, hereinafter "ITC", is a national organization representing Inuit from the Northwest Territories, Quebec and Labrador. It, too, denies that NWAC represents Inuit women. The specific interests of Inuit women are represented by a national organization known as Pauktuutit, which aims to promote the equality of Inuit women within government institutions and Canadian society. The president of Pauktuutit is a member of the Board of Directors of ITC and the current president and secretary-treasurer of ITC are women. Inuit concerns on constitutional issues are directed to an ITC committee, whereof three of seven members, including the Pauktuutit president, are presently women. Pauktuutit staff and consultants participate in the technical working groups supporting the committee. Pauktuutit

Indiennes non mariées à des Indiens, et non l'inverse, choisiront encore la domination masculine.

Selon le CNAC, le juge de première instance a eu raison de conclure que les appelantes n'avaient établi aucune violation *prima facie* de leurs droits garantis par la Charte.

Le Ralliement national des Métis, ci-après le «RNM», est une fédération d'organisations de l'Ontario, des provinces de l'Ouest et des Territoires du Nord-Ouest. Selon lui, la NWAC ne représente pas les femmes métis; 130 000 \$ de sa subvention visaient à permettre à ces dernières de voir à leurs propres préoccupations. Bien que les femmes métis ne forment aucunement la moitié des membres de la direction de ses organisations composantes, la preuve démontre qu'au cours des années, elles en ont formé une partie importante. Le RNM appuie la proclamation du paragraphe 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [édicte par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, annexe, art. 2 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 46]] et l'application de la Charte, notamment et particulièrement l'article 15, en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones. En outre, il propose une Charte métis.

De même, selon le RNM, le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant que la preuve ne démontrait la violation d'aucun droit garanti par la Charte et que, quoiqu'il en soit, on n'avait établi aucun fondement à une réparation le privant de son financement.

La Inuit Tapirisat du Canada, ci-après «ITC», est une organisation nationale représentant les Inuits des Territoires du Nord-Ouest, du Québec et du Labrador. Elle aussi nie que la NWAC représente les femmes Inuits. Les intérêts particuliers de ces dernières sont représentés par une organisation nationale, la Pauktuutit, qui vise à promouvoir l'égalité des femmes Inuits au sein des institutions gouvernementales et de la société canadienne. La présidente de la Pauktuutit est membre du conseil d'administration de la ITC, dont les postes de président et de secrétaire-trésorier sont actuellement occupés par des femmes. Les préoccupations des Inuits en matière constitutionnelle sont confiées à un comité de la ITC, dont trois des sept membres, dont la présidente de la Pauktuutit, sont présentement des femmes. Le per-

does not seek separate funding from the Government of Canada; it shares ITC's funding. ITC's stated position is that it is willing to consider application of the Charter to any Inuit self-government arrangements which may be negotiated between the Inuit and the Government of Canada.

ITC denies that it is a male-dominated organization and that its participation in the constitutional review process and its funding for that purpose infringe any Charter right of the appellants.

#### The Assembly of First Nations

The Assembly of First Nations, hereinafter "AFN", did not intervene in this proceeding. There is no evidence of it but what the appellants have provided. AFN is a national association of Indian chiefs. Its primary, if not only, constituency appears to be status Indians resident on reserves. Sixty of the 633 member chiefs of AFN are women. AFN, and its forerunner The National Indian Brotherhood, has vigorously and consistently resisted the struggle of native women to rid themselves of the gender inequality historically entrenched in the *Indian Act* and has intervened in Parliamentary and legal proceedings to oppose those efforts. It opposed repeal of paragraph 12(1)(b) of the *Indian Act*<sup>6</sup> upon the coming into force of subsection 15(1) of the Charter and it opposed proclamation of the amendment to the *Constitution Act, 1982* which added subsection 35(4).

As the learned Trial Judge found and as perusal of the affidavits of Ms. Stacey-Moore and Ms. McIvor make transparently clear, it is primarily the position of AFN which the appellants fear. The intervenants do not speak for the women of the First Nations whose interests, at least as measured against the

<sup>6</sup> 12. (1) The following persons are not entitled to be registered [as an Indian], namely,

(b) a woman who married a person who is not an Indian, unless that woman is subsequently the wife or widow of a person described in section 11.

sonnel et les experts-conseils de la Pauktuutit prennent part aux groupes de travail techniques qui entourent le comité. La Pauktuutit ne réclame pas un financement distinct du gouvernement du Canada; elle partage le financement alloué à la ITC. Celle-ci s'est déclarée disposée à considérer l'application de la Charte à toute entente relative à un gouvernement Inuit autonome que pourraient négocier les Inuits et le gouvernement du Canada.

La ITC nie être une organisation dominée par les hommes et elle soutient que sa participation au processus de révision de la Constitution et son financement à cette fin ne violent aucun droit garanti par la Charte aux appelantes.

#### L'Assemblée des premières nations

L'Assemblée des premières nations, ci-après «APN», n'est pas intervenue en l'espèce. À l'exception de ce que les appelantes ont déposé, rien dans la preuve ne s'y rapporte. L'APN est une association nationale de chefs indiens. Son électorat principal, sinon le seul, paraît être formé des Indiens inscrits résidant dans les réserves. Soixante des 633 chefs membres de l'APN sont des femmes. L'APN, comme son prédécesseur, la Fraternité des Indiens du Canada, s'est vigoureusement et sans cesse opposé à la lutte des femmes autochtones pour mettre fin à l'inégalité des sexes historiquement consacrée dans la *Loi sur les Indiens*, et elle est intervenue lors de procédures parlementaires et légales afin de contrer ces efforts. Elle s'est opposée à l'abrogation de l'alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*<sup>6</sup> lors de l'entrée en vigueur du paragraphe 15(1) de la Charte et à la proclamation de la modification de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui a ajouté le paragraphe 35(4).

Comme le juge de première instance l'a conclu et comme la lecture des affidavits de Mme Stacey-Moore et de Mme McIvor le révèlent clairement, les appelantes craignent surtout la position de l'APN. Les intervenants ne parlent pas au nom des femmes des premières nations dont les intérêts, à tout le

<sup>6</sup> 12. (1) Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites [comme Indien]:

b) une femme qui a épousé un non-Indien, sauf si cette femme devient subséquentement l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11.

norms of Canadian society as a whole, are not only unlikely to be properly represented by AFN but are likely to be injured if AFN's position prevails; NWAC does represent those women. The evidence is clear that AFN is not addressing their concerns. It emphatically rejects imposition of the Charter on native self-governments and promises instead an Aboriginal Charter which cannot yet be described as inchoate.

### The Issue

The first question is: has any constitutional right of NWAC, or the individual woman it represents, been violated by the Government of Canada funding any or all of the designated aboriginal organizations and permitting their participation in constitutional discussions without providing NWAC equal funding and opportunity to participate? The appellants allege firstly, the breach of their right to freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter which, they stress, must be read together with section 28; secondly, the breach of the equality rights of the individual appellants and of individuals represented by NWAC guaranteed by section 15 of the Charter and finally, the breach of rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, . . .

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

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.

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

moins comparativement aux normes de la société canadienne en général, sont non seulement vraisemblablement mal représentés par l'APN, mais seront probablement lésés si la position de l'APN prédomine; or, la NWAC représente ces femmes. La preuve montre clairement que l'APN néglige leurs préoccupations. Elle rejette catégoriquement l'imposition de la Charte en matière d'autonomie gouvernementale des autochtones et promet plutôt une Charte autochtone qui ne peut à ce jour être qualifiée d'imparfaite.

### La question en litige

La première question est la suivante: le gouvernement du Canada a-t-il violé un droit constitutionnel de la NWAC ou des femmes qu'elle représente en versant des deniers à l'ensemble ou à l'une quelconque des organisations autochtones désignées et en permettant leur participation aux discussions constitutionnelles, sans accorder à la NWAC une somme égale et sans lui offrir la même possibilité de participer? Les appelantes allèguent premièrement la violation de leur droit à la liberté d'expression garanti à l'alinéa 2b) de la Charte qui, soulignent-elles, doit être interprété conjointement avec l'article 28; deuxièmement, elles allèguent la violation des droits à l'égalité des deux femmes appelantes et des femmes représentées par la NWAC garantis à l'article 15 de la Charte et enfin, la violation de leurs droits, contrairement à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, . . .

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

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.

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

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

Should violation of any constitutional right of the appellants be found, the second question is whether relief in respect of that violation is available in a proceeding under section 18 of the *Federal Court Act*<sup>7</sup> and, if so, whether the violation occurred in a legislative process in which the Court ought, nevertheless, not interfere.

### Section 35 — Existing Aboriginal and Treaty Rights

This appeal is concerned with NWAC's participation in the current constitutional review process. The particular right of aboriginal peoples to participate in it in a fashion different from other Canadians derives from sections 37 and 37.1 of the *Constitution Act, 1982*, not from any "existing aboriginal and treaty rights" recognized and affirmed by subsection 35(1). It follows that any right of aboriginal women to participate equally with aboriginal men does not arise under subsection 35(4). The claim based on this provision is without merit.

### Section 15 — Equality Rights

The equality before and under the law and equal benefit of the law guaranteed by section 15 of the Charter is guaranteed to individuals, not to collectives. The individual appellants fear losing that equality if aboriginal self-governments, unbound by the Charter, are created. I accept that most, if not all, individual members of NWAC very likely share that fear. Most should, again applying the norms of Canadian society as a whole. The threat, however, is not itself a present denial of a right under section 15. If, as and when the feared result is realized, it will be by means of a constitutional amendment to which the federal government and Parliament and the required number of provincial governments and legislatures will have been party. Such an outcome of a future

<sup>7</sup> R.S.C., 1985, c. F-7, as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4.

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

Si l'on conclut à la violation d'un droit constitutionnel des appelantes, la deuxième question est de savoir si une action fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>7</sup> peut réparer cette violation et, dans l'affirmative, si la violation est survenue au cours d'un processus législatif dans lequel la Cour ne devrait toutefois pas intervenir.

### Article 35 — Droits existants — ancestraux ou issus de traités

Le présent appel porte sur la participation de la NWAC au processus actuel de révision de la Constitution. Le droit particulier des peuples autochtones d'y participer d'une façon différente de celle des autres Canadiens découle des articles 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non de «droits existants — ancestraux ou issus de traités», reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1). En conséquence, le droit des femmes autochtones de participer, au même titre que les hommes autochtones, ne naît pas du paragraphe 35(4). La demande reposant sur cette disposition est sans fondement.

### Article 15 — Droits à l'égalité

Le droit garanti à l'article 15 de la Charte, selon lequel la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et selon lequel tous ont droit au même bénéfice de la loi, est garanti aux individus et non aux groupes. Les deux femmes appelantes craignent de perdre cette égalité si des gouvernements autochtones autonomes, non visés par la Charte, sont créés. Je conviens que la plupart, sinon tous les membres de la NWAC, partagent très probablement cette crainte. La plupart devraient le faire, si encore une fois on applique les normes de la société canadienne en général. La menace, toutefois, ne constitue pas elle-même le déni actuel d'un droit garanti à l'article 15. Si jamais le résultat redouté se concrétisait, ce serait au moyen d'une modification

<sup>7</sup> L.R.C. (1985), ch. F-7, mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4.

legislative process cannot be predicted.<sup>8</sup> Such a "merely hypothetical consequence" is no basis for the Court interfering in the current constitutional review process.<sup>9</sup>

The present section 15 violation alleged is described in the following terms in the appellants' amended memorandum.

134. According to Section 52 of the *Constitution Act, 1982*, the Constitution is the fundamental law of Canada. If women have no part in framing the very constitution of their society, they cannot be said to have equality before and under the law, or the equal benefit of the law. Women were excluded from the constitutional process of 1864 and 1867, because they could not vote or serve in government. Even after women nominally received these rights, they were accorded little room in the process of constitution-making. Aboriginal communities are at a critical time in their history, when decisions will be taken which will influence the nature and shape of Aboriginal government for decades to come. For Aboriginal women in 1992 to be excluded from framing the institutions of government as all women were in 1864 would be fundamentally to deny the equality of Aboriginal women.

Valid as that all may be, it simply does not describe the denial of a section 15 right.

The law does not accord any individual the right to be present at the table at constitutional conferences nor the right to public funding to develop and communicate a constitutional position. If sections 37 and 37.1 are not spent, it may still accord a limited right to be present to representatives of the aboriginal peoples of Canada. The funding and participation of the designated aboriginal organizations in the current constitutional review process cannot be said to deny equality before and under, or the equal benefit and protection of, the law to any individual, aboriginal woman or otherwise.

constitutionnelle à laquelle le gouvernement fédéral, le Parlement et le nombre requis de gouvernements provinciaux et de Législatures auraient pris part. On ne peut prédire le résultat d'un tel processus législatif futur<sup>8</sup>. Une «conséquence purement hypothétique» ne permet pas à la Cour d'intervenir dans le processus actuel de révision de la Constitution<sup>9</sup>.

La présumée violation à l'article 15 en l'espèce est ainsi décrite dans l'exposé modifié des appelantes.

[TRADUCTION] 134. Selon l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution est la loi fondamentale du Canada. Si les femmes ne prennent aucune part dans la conception de la Constitution même de leur société, on ne peut dire que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous et que tous ont droit au même bénéfice de la loi. Les femmes ont été exclues du processus constitutionnel de 1864 et de 1867 parce qu'elles n'avaient ni le droit de vote ni le droit d'occuper des postes au gouvernement. Même après avoir accordé nominale-ment ces droits aux femmes, on ne leur a laissé que peu de place dans le processus de l'établissement de la Constitution. Les collectivités autochtones sont au tournant de leur histoire, au moment où seront prises des décisions dont les répercussions sur la nature et la forme du gouvernement autochtone se feront sentir pendant les décennies à venir. Exclure les femmes autochtones en 1992 de l'établissement des institutions gouvernementales comme on a exclu les femmes en 1864, ce serait fondamentalement leur refuser l'égalité.

Aussi valable que cet argument puisse être, il ne reflète simplement pas une violation d'un droit garanti à l'article 15.

La loi ne confère à personne le droit d'être présent à la table des conférences constitutionnelles ni le droit à un financement public en vue d'élaborer et de communiquer une position constitutionnelle. Si les articles 37 et 37.1 ne sont pas épuisés, la loi peut encore accorder aux représentants des peuples autochtones du Canada le droit limité d'être présents. On ne peut dire qu'en raison des sommes versées aux organisations autochtones désignées en vue de permettre leur participation au processus actuel de révision de la Constitution, la loi fait acception de certaines femmes, autochtones ou autres, qu'elle ne s'applique pas également à tous et que tous n'ont pas droit au même bénéfice de la loi.

<sup>8</sup> *Sethi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 2 F.C. 552 (C.A.).

<sup>9</sup> *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441.

<sup>8</sup> *Sethi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 2 C.F. 552 (C.A.).

<sup>9</sup> *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441.

Paragraph 2(b) and section 28 — Freedom of Expression

It is unnecessary that I deal with all of the authorities propounding the central role of freedom of expression in a free and democratic society. They are encapsulated in the following statement by Cory J., in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*:<sup>10</sup>

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized.

In the present case, the learned Trial Judge held [at pages 479-480]:

On the facts it is evident that the Native Women's Association of Canada has had and will continue to have many opportunities to express its views, both to the appropriate political authorities, to the public and even to the groups which will participate in the Conference, some at least of whom share [its] concern respecting the continued application of the Charter to aboriginal people. Undoubtedly the more money placed at their disposal the louder their voice could be heard, but it certainly cannot be said that they are being deprived of the right of freedom of speech in contravention of the Charter.

With respect to discrimination as to sex the disproportionate funds provided for [NWAC] results not from the fact that they are women, but from the unwillingness of the Government to recognize that they should be considered as a separate group within the aboriginal community from the four named groups and treated accordingly. Whether this is fair or contrary to natural justice will be dealt with under another argument respecting the issue of a writ of prohibition, but it does not constitute *per se* discrimination on the basis of sex in contravention of the Charter.

The appellants say he misapprehended their argument as to freedom of expression and erred by taking account only of the purpose or intent of the government's action and not of its effect. They point to the limitations on federal election spending as demonstrating the government's recognition that disparate financing of political points of view enables the ideas of some to command public attention at the expense of others.

<sup>10</sup> [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336.

Alinéa 2b) et article 28 — Liberté d'expression

Il est inutile d'examiner toute la jurisprudence exposant le rôle primordial de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique. Elle est regroupée dans l'exposé suivant du juge Cory dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*:<sup>10</sup>:

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu ceci [aux pages 479 et 480]:

Compte tenu des faits, il est évident que la Native Women's Association of Canada a eu et continuera à avoir de nombreuses occasions de faire connaître son point de vue, tant aux autorités politiques compétentes qu'au public, et même aux groupes qui participeront à la conférence, dont certains du moins partagent la préoccupation de cette association en ce qui concerne le maintien de l'application de la Charte aux peuples autochtones. Sans aucun doute, plus on mettra d'argent à la disposition de ce groupe, plus il élèvera la voix, mais on ne peut certainement pas dire qu'il est privé de la liberté de parole en violation de la Charte.

Quant à la discrimination fondée sur le sexe, la [NWAC] a reçu des sommes minimales non parce qu'elle est composée de femmes, mais parce que le gouvernement ne veut pas reconnaître qu'elle devrait être considérée comme un groupe distinct des quatre groupes désignés au sein de la collectivité autochtone et qu'elle devrait être traitée en conséquence. La question de savoir si cela va à l'encontre de la justice naturelle sera examinée en même temps qu'un autre argument lié à l'ordonnance de prohibition, mais la chose ne constitue pas en soi de la discrimination fondée sur le sexe en violation de la Charte.

Selon les appelantes, il a mal compris leur argument relatif à la liberté d'expression, et il a commis une erreur en tenant compte du seul objectif ou objet de l'action gouvernementale, négligeant son effet. Elles soulignent les limites imposées aux dépenses lors d'élections fédérales pour démontrer que le gouvernement reconnaît que le financement inégal des opinions politiques permet aux idées de certains de s'imposer à l'attention du public aux dépens des autres.

<sup>10</sup> [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*,<sup>11</sup> Dickson C.J., for the majority, said:

Even if the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff's free expression. Here, the burden is on the plaintiff to demonstrate that such an effect occurred. In order so to demonstrate, a plaintiff must state her claim with reference to the principles and values underlying the freedom.

... [Those principles and values] can be summarized as follows: (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. In showing that the effect of the government's action was to restrict her free expression, a plaintiff must demonstrate that her activity promotes at least one of these principles. . . . [T]he plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing.

Communicating one's constitutional views to the public and to governments is unquestionably an expressive activity protected by paragraph 2(b).

The appellants argue that, by funding and thereby supporting male-dominated aboriginal organizations in that activity, the Canadian government has enhanced their ability to communicate their anti-Charter positions to the virtual exclusion of NWAC's pro-Charter position. Government action has given the male-dominated organizations an ability to communicate effectively which has been denied aboriginal women, thereby abridging the guarantee of section 28 that freedom of expression is equally the freedom of male and female persons. They adopt a statement quoted in a recent decision of a Nova Scotia Human Rights Tribunal:<sup>12</sup>

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*<sup>11</sup>, le juge Dickson, juge en chef du Canada, a dit, au nom de la majorité:

Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse. À cette étape-ci, il appartient à la demanderesse d'établir que cet effet s'est produit. Pour ce faire, elle doit formuler sa thèse en tenant compte des principes et des valeurs qui sous-tendent la liberté garantie.

... [Ces principes et valeurs] peuvent se résumer ainsi: (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné. Pour démontrer que l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre sa liberté d'expression, la demanderesse doit établir que son activité favorise au moins un de ces principes. . . . [L]a demanderesse doit au moins décrire le message transmis et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

Faire connaître ses opinions en matière constitutionnelle au public et aux gouvernements est incontestablement une activité relevant de l'expression, protégée à l'alinéa 2b).

Les appelantes soutiennent qu'en finançant et, par le fait même, en appuyant cette activité des organisations autochtones dominées par les hommes, le gouvernement canadien a accru leur capacité de communiquer leurs positions défavorables à la Charte au point d'exclure à toutes fins pratiques la position contraire défendue par la NWAC. Le geste du gouvernement a donné aux organisations dominées par les hommes une capacité de communiquer avec efficacité qui a été niée aux femmes autochtones, et il a ainsi porté atteinte à la garantie de l'article 28 en vertu de laquelle la liberté d'expression comprend également la liberté des hommes et des femmes. Elles adoptent un passage d'une décision récente d'un tribunal des droits de la personne de la Nouvelle-Écosse<sup>12</sup>:

<sup>11</sup> [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 976-977.

<sup>12</sup> *Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association*. Decision dated March 17, 1992, not yet reported, at p. 40.

<sup>11</sup> [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 976 et 977.

<sup>12</sup> *Re: A Complaint by Gene Keyes against Pandora Publishing Association*. Décision rendue le 17 mars 1992, encore inédite à la p. 40.

... [W]omen cannot become powerful or expressive by being spoken to, by being spoken for, or, especially, by being spoken about. It is by being heard that women become empowered.

In my opinion, the question is not whether the designated aboriginal organizations are male-dominated, but whether they advocate male-dominated aboriginal self-governments. I do not agree that a male-dominated organization is, in fact, necessarily incapable of advocating gender equality on behalf of its female members, nor do I agree that the effect of section 28 on paragraph 2(b) dictates that result as a constitutional conclusion.

Measured against the norms of Canadian society as a whole, it is in the interests of aboriginal women that, if, as and when they become the subjects of aboriginal self-governments, they continue to enjoy the protection of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in particular, the rights and freedoms accorded them by sections 15 and 28, or by equivalent provisions equally entrenched in aboriginal charters, if that be legally possible. It is by no means certain that the latter alternative can or will be realized. The interests of aboriginal women, measured by the only standard this Court can recognize in the absence of contrary evidence, that of Canadian society at large, are not represented in this respect by AFN, which advocates a contrary result, nor by the ambivalence of NCC and ITC.

In my opinion, by inviting and funding the participation of those organizations in the current constitutional review process and excluding the equal participation of NWAC, the Canadian government has accorded the advocates of male-dominated aboriginal self-governments a preferred position in the exercise of an expressive activity, the freedom of which is guaranteed to everyone by paragraph 2(b) and which is, by section 28, guaranteed equally to men and women. It has thereby taken action which has had the effect of restricting the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter. In my opinion, the learned Trial Judge erred in concluding otherwise.

[TRANSDUCTION] ... [L]es femmes ne peuvent acquérir ni pouvoir ni voix si on leur parle, si on parle en leur nom et particulièrement si on parle d'elles. C'est en étant écoutées que les femmes acquièrent un pouvoir.

<sup>a</sup> À mon avis, il ne s'agit pas de savoir si les organisations autochtones désignées sont dominées par les hommes, mais si elles soutiennent l'autonomie gouvernementale des autochtones dominée par les hommes. Je ne crois pas qu'une organisation composée surtout d'hommes soit, en fait, nécessairement incapable de défendre l'égalité des sexes au nom de ses membres féminins, et je ne crois pas que l'effet de l'article 28 sur l'alinéa 2b) prescrive une telle conclusion constitutionnelle.

<sup>d</sup> Si l'on se reporte aux normes de la société canadienne en général, il est dans l'intérêt des femmes autochtones, si jamais elles sont assujetties à l'autonomie gouvernementale des autochtones, de continuer à jouir de la protection accordée par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, en particulier, des droits et libertés qui leur sont garantis par les articles 15 et 28, ou par des dispositions équivalentes également consacrées dans des chartes autochtones, si cela est légalement possible. Il n'est aucunement certain que cette dernière possibilité puisse être ou soit réalisée. Les intérêts des femmes autochtones, mesurés à la seule aune que cette Cour puisse reconnaître en l'absence de preuve contraire, soit celle de la société canadienne en général, ne sont pas représentés à cet égard par l'APN, qui soutient un résultat contraire, ni par l'ambivalence du CNAC et de la ITC.

<sup>h</sup> À mon avis, en sollicitant et en finançant la participation de ces organismes au processus actuel de révision de la Constitution et en excluant la participation égale de la NWAC, le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée alors que la liberté d'expression est garantie à tous à l'alinéa 2b), et aussi bien aux femmes qu'aux hommes en vertu de l'article 28. Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones, contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la Charte. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment.

That is not to say that equal funding to NWAC would necessarily be required to achieve the equality required by section 28. The evidence does not permit a concluded opinion as to that. However, the funding actually provided is so disparate as to be *prima facie* inadequate to accord it the equal freedom of expression mandated by the Charter.

### The Respondent's Position

The respondent submits (1) that the claim is speculative in nature and not the proper subject of a preventive remedy; (2) that the claim relates to a legislative process in which the Court ought not intervene; (3) that, as held by the learned Trial Judge, no breach of a Charter right has been established; and (4) that the decision to invite and fund participation of the designated aboriginal organizations was not, in any event, the decision of a "federal board, commission or other tribunal" so as to render it amenable to the supervisory jurisdiction of the Court under section 18 of the *Federal Court Act*. The respondent also raises a "floodgates" argument in respect of any finding of a paragraph 2(b) violation. No section 1 justification was advanced.

In view of the conclusions I have reached above, it will be necessary to deal in detail only with the floodgates argument and the second and fourth submission in relation to the paragraph 2(b) and section 28 Charter violation. I have agreed with the first and third submissions as to the section 15 violation alleged and found no infringement of a constitutional right accorded by either section 15 or section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

If I am correct in finding violation of paragraph 2(b) and section 28, then it is a real, not a speculative, violation. It is clear that, whether or not the impugned funding or the stage of the constitutional review process for which it was made has been exhausted, the process may recur. A remedy, even a declaration, could have a meaningful effect on NWAC's future participation in it. I accept, and I did not understand any party to dispute, that even if the specific contro-

Cela ne signifie pas qu'il serait nécessaire de financer également la NWAC pour respecter le droit à l'égalité prévu à l'article 28. La preuve ne permet pas de conclure ainsi. Toutefois, la somme actuellement versée est si inégale qu'elle ne saurait *prima facie* respecter le droit de la NWAC à liberté d'expression égale garantie par la Charte.

### La position de l'intimée

L'intimée soutient (1) que la demande est de nature hypothétique et ne convient pas à une réparation à caractère préventif; (2) que la demande vise un processus législatif dans lequel la Cour ne doit pas intervenir; (3) que, comme l'a conclu le juge de première instance, on n'a établi aucune violation d'un droit garanti par la Charte; et (4) que la décision de solliciter et de financer la participation des organisations autochtones désignées n'émane pas, en tout état de cause, d'un «office fédéral», ce qui la soumettrait au contrôle de la Cour en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. L'intimée invoque également l'argument du «raz de marée» si on devait conclure à une violation de l'alinéa 2b). On n'a pas allégué la justification en vertu de l'article premier.

Compte tenu des conclusions que j'ai tirées précédemment, je ne devrai étudier en détail que l'argument du raz de marée et les deuxième et quatrième arguments relatifs à la violation de l'alinéa 2b) et de l'article 28 de la Charte. Je suis d'accord avec les premier et troisième arguments relatifs à la violation alléguée de l'article 15 et j'ai conclu que le droit constitutionnel garanti soit à l'article 15 ou à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'avait pas été violé.

Si je conclus à bon droit que l'alinéa 2b) et l'article 28 ont été violés, il s'agit alors d'une violation réelle, et non hypothétique. Il est évident que, même si le financement contesté ou l'étape du processus de révision de la Constitution pour laquelle il a été versé sont choses du passé, le processus pourrait se reproduire. Une réparation, même un jugement déclaratoire, pourrait avoir un effet important sur la participation subséquente de la NWAC dans ce processus.

versy to which the application was directed has become moot, the adjudication should proceed.<sup>13</sup>

### Availability of Section 18 Remedy

The originating notice of motion herein was filed March 18, 1992. Effective February 1, 1992, amendments to the *Federal Court Act* enacted in 1990 were proclaimed in force.<sup>14</sup> The words emphasized below were added to the relevant definition.

2. (1) In this Act,

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*.

The evidence is that the decision to invite “representatives of the Aboriginal peoples to be full participants in the constitutional process” was made at a meeting March 12, 1992, of federal, provincial and territorial representatives. That was clearly not the decision of a federal board, etc., and is relied on by the respondent in disputing the availability of section 18 relief. However, there is no evidence that the decision to invite the designated aboriginal organizations to engage in a process parallel to that of the Parliamentary Committee was made by any but an authorized emanation of the federal government alone and it is most unlikely, if not legally impossible, that the decision to allocate federal funding was made by any but a federal board, etc. As I understand our Constitution, the expenditure of funds must have been authorized by Act of Parliament. If, as it appears, the invitation to join in the process was not authorized by Act or regulation, it must have been an exercise of Crown prerogative.

<sup>13</sup> *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

<sup>14</sup> S.C. 1990, c. 8, s. 1.

Je reconnais et, selon moi, cela n'a été contesté par aucune partie, que même si la controverse visée expressément par la requête est devenue théorique, une décision devrait être rendue à cet égard<sup>13</sup>.

### L'existence du recours fondé sur l'article 18

En l'espèce, l'avis de requête original a été déposé le 18 mars 1992. Le 1<sup>er</sup> février 1992, les modifications de la *Loi sur la Cour fédérale* adoptées en 1990 sont entrées en vigueur<sup>14</sup>. Les passages soulignés ci-dessous ont été ajoutés à la définition pertinente.

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

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La preuve démontre que la décision d'inviter [TRA-DUCTION] «les représentants des peuples autochtones à participer pleinement au processus constitutionnel» a été prise le 12 mars 1992, par les représentants fédéraux, provinciaux et territoriaux. De toute évidence, il ne s'agit pas là de la décision d'un office fédéral, ce dont l'intimée fait état pour contester la disponibilité de la réparation fondée sur l'article 18. Toutefois, aucune preuve ne démontre que la décision d'inviter les organisations autochtones désignées à entreprendre un processus parallèle à celui du comité parlementaire a été prise par nul autre qu'une source autorisée du gouvernement fédéral, et il n'est guère vraisemblable, sinon légalement impossible, que la décision de verser des deniers publics ait été prise par nul autre qu'un office fédéral. Selon mon interprétation de la Constitution, le versement des deniers doit avoir été autorisé par une loi du Parlement. Si, comme il paraît, l'invitation à se joindre au processus n'a pas été autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale.

<sup>13</sup> *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

<sup>14</sup> L.C. 1990, ch.8, art. 1.

Finally, I would note that the Act as amended requires that declaratory relief in respect of a decision of a federal board, etc., be sought by application under section 18. In my opinion relief in respect of the violation of the appellants' rights is available in a proceeding brought under section 18 of the *Federal Court Act*.

### Should the Court Interfere?

The respondent argues that the constitutional review process is an essential part of a legislative process in which a court ought not interfere; the appellants argue that it is integral to a political process, the legality of which is subject to judicial supervision.

In *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*,<sup>15</sup> it was sought to forestall implementation of an announced intention to reduce federal contributions to shared cost programs with the provinces. It was contended that the government was constrained by the doctrine of legitimate expectations from introducing a bill to Parliament. The Supreme Court made clear that the doctrine was part of the rules of procedural fairness which might give rise to a right to be heard but does not fetter the right ultimately to make a decision. It further reaffirmed that rules of procedural fairness do not apply to a body exercising purely legislative functions and concluded that the executive decision and action to introduce legislation in Parliament is an integral part of the legislative process. In more general terms, it held

The formulation and introduction of a bill are part of the legislative process with which the courts will not meddle. . . . [I]t is not the place of the courts to interpose further procedural requirements in the legislative process. I leave aside the issue of review under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where a guaranteed right may be affected.

That concluding reservation would be pivotal if it were decided that the Charter violation in issue occurred in a legislative process.

<sup>15</sup> [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 559 ff.

Enfin, je soulignerais que la Loi telle que modifiée exige que la demande de jugement déclaratoire relativement à la décision d'un office fédéral se fasse conformément à l'article 18. Je crois possible d'obtenir réparation de la violation des droits des appelantes par voie d'une demande fondée sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

### La Cour devrait-elle intervenir?

L'intimée soutient que le processus de révision de la Constitution est une partie essentielle d'un processus législatif dans lequel un tribunal ne doit pas s'immiscer; les appelantes prétendent qu'il s'agit d'une partie intégrante d'un processus politique, dont la légalité est assujettie au contrôle judiciaire.

Dans *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.B.)*<sup>15</sup>, on cherchait à faire échec à l'intention annoncée de réduire les contributions fédérales aux programmes de partage des frais avec les provinces. On a soutenu que la théorie de l'expectative légitime empêchait le gouvernement de déposer un projet de loi devant le Parlement. La Cour suprême a précisé que la théorie faisait partie des règles d'équité procédurale qui pourraient créer un droit d'être entendu, mais qu'elle ne limitait pas le droit, ultimement, de rendre une décision. Elle a également affirmé de nouveau la non-application des règles d'équité procédurale à un organisme exerçant des fonctions purement législatives, avant de conclure que le dépôt par le pouvoir exécutif d'un projet de loi devant le Parlement faisait partie intégrante du processus législatif. De façon plus générale, elle a conclu:

La rédaction et le dépôt d'un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s'immiscent pas. . . . [I]l n'appartient pas aux tribunaux judiciaires d'intercaler dans le processus législatif d'autres exigences procédurales. Je ne traiterai pas de la question de l'examen en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas d'atteinte possible à un droit garanti.

Cette dernière réserve serait capitale s'il était décidé que la violation de la Charte en question s'était produite dans le cadre d'un processus législatif.

<sup>15</sup> [1991] 2 R.C.S. 525, aux p. 558 et s.

In reaching its conclusion, the Supreme Court referred to *Penikett v. Canada*.<sup>16</sup> That case arose on an application to strike out a petition by the Government of the Yukon Territory seeking a number of declarations concerning the Meech Lake Accord. The Accord was an agreement between the federal and provincial governments to amend the Canadian Constitution in a manner that would have required, among other things, the concurrence of all existing provinces to the creation of a new province. The Yukon government had not been invited to participate in the meeting that arrived at the Accord and had not been consulted by the Canadian government before it committed itself to commend the amendment to Parliament.

The Trial Judge had concluded that the Charter applied to Part V of the *Constitution Act, 1982*, which provides the procedure for amendment of the Constitution. The Yukon Territory Court of Appeal disagreed, holding: "The *Charter* cannot be used to prevent constitutional amendment."

The Trial Judge had also concluded that if it were established that a common law duty of fairness existed and had been breached, a declaration to that effect would simply be a declaration of rights and duties as between territorial residents, on the one hand, and the Prime Minister and Government of Canada, on the other, and would not be an intervention in the amending or legislative process. As to that issue, the Court of Appeal held [at page 120] that:

The Prime Minister in convening the Meech Lake Conference of First Ministers was initiating the process of legislation which could lead to an amendment of the Constitution.

It concluded [also at page 120] that the issues of fairness and fundamental justice arising out of the Yukon's exclusion

... are not justiciable because they seek to challenge the process of legislation.

... [t]he Meech Lake Accord was part of the process of legislation intended to lead to an amendment of the Constitution if

<sup>16</sup> (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (Y.T.C.A.), at pp. 118-120. Leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xii.

En concluant ainsi, la Cour suprême a invoqué l'arrêt *Penikett v. Canada*<sup>16</sup>. Cette affaire est née d'une requête en radiation d'une requête présentée par le gouvernement du territoire du Yukon en vue d'obtenir certains jugements déclaratoires concernant l'accord du lac Meech. Conformément à l'accord, les gouvernements fédéral et provinciaux s'étaient entendus pour modifier la Constitution canadienne de façon à ce que la création d'une nouvelle province exige, notamment, le consentement de toutes les provinces existantes. Le gouvernement du Yukon n'avait pas été invité à prendre part à la réunion d'où est né l'accord, et il n'avait pas été consulté par le gouvernement du Canada avant que celui-ci s'engage à recommander la modification au Parlement.

Le juge de première instance avait conclu que la Charte s'appliquait à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui prévoyait la procédure de modification de la Constitution. La Cour d'appel du territoire du Yukon, en désaccord, avait conclu [TRADUCTION] «La *Charte* ne peut servir d'obstacle à une modification constitutionnelle.»

Le juge de première instance avait également conclu que si on établissait l'existence et la violation d'une obligation d'équité issue de la common law, un jugement déclaratoire à cet effet consisterait simplement en une déclaration de droits et d'obligations entre d'une part, les résidents du territoire et, d'autre part, le premier ministre et le gouvernement du Canada, et il ne constituerait pas une intervention dans le processus législatif ou le processus de modification. À cet égard, la Cour d'appel a conclu ceci [à la page 120]:

[TRADUCTION] En convoquant la conférence des premiers ministres au lac Meech, le premier ministre a lancé le processus législatif qui pourrait entraîner la modification de la Constitution.

Elle a conclu [également à la page 120] en outre que les questions d'équité et de justice fondamentale soulevées par l'exclusion du Yukon

[TRADUCTION] ... ne peuvent être tranchées par la voie judiciaire parce qu'elles tendent à contester le processus législatif.

... [l]'accord du lac Meech faisait partie d'un processus législatif visant à modifier la Constitution si la proclamation néces-

<sup>16</sup> (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A.T.Y.), aux p. 118 à 120. Autorisation d'en appeler refusée, [1988] 1 R.C.S. xii.

the necessary proclamation was authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province.

The Court of Appeal fixed the beginning of that particular legislative process at the point in time the First Ministers' Conference was convened. Again, it is notorious that the Meech Lake process was very different from the current process commenced, nationally at least, by publication of the federal government's proposals and their committal to public discussion.

I take from the *CAP Reference* that the word "formulation", in the expression "formulation and introduction of a bill" refers to the preparation of a bill for introduction after it has been decided that the subject-matter is to be dealt with. I do not think "formulation . . . of a bill" an apt expression to describe the process of consultation, public or private, by Parliamentary Committee or otherwise, which the government may choose to undertake after deciding that it might be desirable that a matter be dealt with by legislation but before it has decided how it wishes the legislature to deal with it or whether a legislative proposal is politically acceptable. In other words, the term does not refer to policy development, a political process, but to action, after the policy has been decided, necessary to legislative implementation.

The *CAP Reference* and *Penikett* seem to me to have established the following principles applicable to the process of constitutional amendment.

- a. the Charter, Part I of the *Constitution Act, 1982*, cannot be invoked to interfere with the process of amending the Constitution mandated by Part V;
- b. the process of amending the Constitution, as a legislative process, begins not later than when first ministers are convened to agree upon a constitutional resolution they will put to their legislatures; and
- c. the formulation of a constitutional resolution is part of the legislative process of amendment with which the courts will not interfere except, possibly, where a Charter guaranteed right may be affected.

The amending process of Part V had not, in this case, begun when the Charter violation occurred.

saire était autorisée par résolutions du Sénat et de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province.

La Cour d'appel a fixé le début de ce processus législatif au moment où la conférence des premiers ministres a été convoquée. Encore une fois, il est bien connu que le processus en cause au lac Meech était très différent du processus mis en branle en l'espèce, du moins à l'échelle nationale, par la publication des propositions du gouvernement fédéral qui ont ensuite fait l'objet de discussions publiques.

Je déduis du *Renvoi relatif au RAPC* que le terme «rédaction» dans l'expression «rédaction et dépôt d'un projet de loi» désigne la préparation d'un projet de loi en vue de son dépôt une fois qu'il a été décidé que la question doit être examinée. Je ne crois pas que l'expression «rédaction . . . d'un projet de loi» convienne pour décrire le processus de consultation, public ou privé, par comité parlementaire ou autrement, que le gouvernement peut choisir d'entreprendre après avoir décidé qu'il serait peut-être préférable qu'une question fasse l'objet d'une loi, mais avant d'avoir choisi la façon dont il souhaite que la législature s'y prenne ou d'avoir décidé si une proposition législative est politiquement acceptable. En d'autres termes, l'expression ne désigne pas l'élaboration d'une politique, un processus politique, mais le geste, postérieur au choix de la politique, nécessaire à la mise en œuvre d'une loi.

Les arrêts *Renvoi relatif au RAPC* et *Penikett* me semblent avoir établi les principes suivants, applicables au processus de modification de la Constitution.

- a. La Charte, qui forme la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne peut être invoquée pour intervenir dans le processus de modification de la Constitution prévue à la Partie V;
- b. Le processus de modification de la Constitution, qui est législatif, débute dès la convocation des premiers ministres en vue de convenir d'une résolution constitutionnelle qu'ils présenteront à leur Législature;
- c. La rédaction d'une résolution constitutionnelle fait partie d'un processus législatif de modification dans lequel les tribunaux ne s'immisceront pas sauf, peut-être, si un droit garanti par la Charte risque d'être violé.

En l'espèce, le processus de modification prévu à la Partie V n'avait pas pris naissance lorsque la violation de la Charte s'est produite.

In my opinion, formulation of a constitutional resolution cannot be said to have been commenced by the federal government publishing proposals, committing them to public review by a Parliamentary Committee and initiating a parallel process among the aboriginal peoples. That seems to me very much integral to policy development rather than implementation. I therefore conclude that the Court would not be interfering in a legislative process if it were to grant the appellants an appropriate remedy.

### The "Floodgates" Argument

The respondent says that a finding of a paragraph 2(b) violation requiring the equal participation in the constitutional review process and funding of NWAC would require that equal funding and participation be extended to all individuals and interest groups. I do not find this argument persuasive.

Parliament has the right to provide funding or not as it chooses but, in choosing to fund, it is bound to observe the requirements of the Charter.<sup>17</sup> The government, in exercising a discretion to fund that Parliament has given it, must be equally bound. Generally, I should think a decision to fund will be made on the basis of need to permit effective and informed expression by an otherwise handicapped and particularly concerned interest group. A proper decision to fund one group but not another should be readily justifiable under section 1 of the Charter. The floodgates argument would be entirely without foundation if the conditions of entitlement to funding were prescribed by law, that is Act of Parliament or regulation,<sup>18</sup> so that section 1 might be invoked. The floodgates argument is, in the present circumstances, essentially an argument of administrative convenience which ought not prevail when a constitutionally guaranteed right or freedom has been proved to have been infringed.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> *Schachter v. Canada*, (S.C.C.) not yet reported judgment rendered July 9, 1992.

<sup>18</sup> *Martineau et al. v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118.

<sup>19</sup> *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 218 ff.

À mon avis, on ne peut dire que la rédaction d'une résolution constitutionnelle débute lorsque le gouvernement fédéral publie des propositions, les soumet à l'examen du public par l'entremise d'un comité parlementaire et lorsqu'il met sur pied un processus parallèle au sein des peuples autochtones. Cela me semble faire partie intégrante de l'élaboration d'une politique plutôt que de sa mise en œuvre. Je conclus par conséquent que la Cour n'interviendrait pas dans un processus législatif si elle accordait aux appelantes la réparation appropriée.

### L'argument du «raz de marée»

Selon l'intimée, si la Cour conclut que, l'alinéa 2b) ayant été violé, la NWAC doit avoir droit à une participation égale au processus de révision de la Constitution et à un financement égal, il s'ensuit que tous les particuliers et les groupes d'intérêts devraient jouir des mêmes avantages. Cet argument n'est pas convaincant.

Le Parlement a le droit d'accorder des subsides à son gré, mais s'il choisit de verser une somme, il doit respecter les exigences de la Charte<sup>17</sup>. Le gouvernement a la même obligation lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire de financement que le Parlement lui a conféré. En général, je croirais que la décision de financer sera prise en fonction du manque d'argent, pour permettre à un groupe d'intérêt par ailleurs désavantagé et particulièrement intéressé de s'exprimer de manière efficace et informée. Il serait probablement facile de justifier, en vertu de l'article premier de la Charte, la décision équitable de financer un groupe de préférence à un autre. L'argument du raz de marée serait sans fondement aucun si les conditions donnant droit à un financement étaient prescrites par la loi, soit par une loi du Parlement ou un règlement<sup>18</sup>, de façon à ce que l'article premier puisse être invoqué. L'argument du raz de marée est, en l'occurrence, essentiellement un argument de commodité administrative qui ne doit pas être accueilli lorsqu'on a établi la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> *Schachter c. Canada*, (C.S.C.). Jugement encore inédit rendu le 9 juillet 1992.

<sup>18</sup> *Martineau et autre c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

<sup>19</sup> *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux p. 218 et s.

It will be only one who can show a constitutional foundation for a grievance by reason of the favour shown by the government to another who will be able to obtain the assistance of the courts. Not every interest group can complain that, because the designated aboriginal organizations were favoured, its Charter-guaranteed freedom of expression was infringed. NWAC can make that complaint and, in my view, with justification. It ought not be denied a remedy by reason of anticipated claims of others not similarly situated with respect to those the government chose to favour, namely the designated aboriginal organizations.

### Remedy

The remedy sought by the appellants, prohibition of further payments to the designated aboriginal organizations until the federal government has: (1) provided equal funding to NWAC; and (2) has provided NWAC an equal opportunity to participate in the review process, including participation in relevant First Minister's conferences, is, in my view, not available in the circumstances.

In the first place, the evidence does not permit a judicial conclusion that funding of NWAC equal to that provided to each of the designated aboriginal organizations is what is necessary to accord aboriginal women the equal measure of freedom of expression guaranteed them by section 28 of the Charter. It may be inadequate or it may be excessive. The appropriate *quantum* of funding would seem to me very much a matter to be determined by the executive, conscious of the need to accord that equality. Furthermore, equality is not to be achieved by the Court interfering with the funding of the designated aboriginal organizations already agreed upon, even if it has not been entirely exhausted. I agree with the submissions of MNC and ITC to the effect that the appellants have established no basis for a remedy depriving the designated aboriginal organizations of their funding.

In the second place, it is notorious that the constitutional review process has now moved beyond consultation. Every such process necessarily will at some point, unless it aborts sooner, pass from a consulta-

Seul celui qui pourra établir sur le plan constitutionnel son grief fondé sur le traitement préférentiel accordé à un autre par le gouvernement, pourra obtenir le concours des tribunaux. Les groupes d'intérêts ne peuvent tous se plaindre qu'en raison de l'avantage conféré aux organisations autochtones désignées, leur liberté d'expression garantie par la Charte a été violée. Or, à mon avis, la NWAC peut à bon droit formuler cette plainte. On ne devrait donc pas lui refuser une réparation en raison d'éventuelles demandes d'autres groupes ou particuliers qui ne sont pas dans la même situation à l'égard de ceux que le gouvernement a choisi d'avantager, soit les organisations autochtones désignées.

### Réparation

À mon avis, dans les circonstances de l'espèce, il est impossible d'accorder aux appelantes la réparation qu'elles réclament, soit interdire au gouvernement de verser toute autre somme aux organisations autochtones désignées tant qu'il: (1) n'aura pas versé une somme égale à la NWAC; et tant qu'il (2) n'aura pas conféré à la NWAC la chance égale de participer au processus de révision, dont le droit de participer aux conférences des premiers ministres pertinentes.

En premier lieu, la preuve ne permet pas au tribunal de conclure qu'il faut nécessairement verser à la NWAC une somme égale à celle accordée à chaque organisation autochtone désignée pour que les femmes autochtones puissent jouir du même degré de liberté d'expression garanti à l'article 28 de la Charte. Une telle somme serait peut-être insuffisante ou excessive. Il me semble que la question du montant approprié du financement devrait être tranchée par l'exécutif, conscient du besoin de respecter cette égalité. En outre, l'égalité ne doit pas être obtenue par l'immixtion du tribunal dans le financement, déjà convenu, des organisations autochtones désignées, même s'il n'a pas été entièrement épuisé. Je suis d'accord avec les arguments du RNM et de la ITC selon lesquels les appelantes n'ont démontré aucun fondement à une réparation privant les organisations autochtones désignées de leur financement.

En deuxième lieu, il est bien connu que le processus de révision de la Constitution se situe maintenant au-delà de la consultation. Tout processus de cette nature passera, à un moment, à moins qu'il n'avorte

tive stage to a legislative stage in which the courts will not meddle. While the *CAP Reference* appears to have left the question open, I frankly cannot conceive of even Charter-based circumstances in which a court could properly interfere, however indirectly, with the convening of a First Ministers' Conference or any other purely intergovernmental meeting and dictate to them whom they ought to invite to their table.

That said, a court can declare that by including an organization such as AFN, proved to be adverse in interest to aboriginal women as measured against the norms of Canadian society generally, while excluding NWAC, an organization that speaks for their interests, in a constitutional review process intended to assist it in deciding, and mustering public and provincial governmental support for, the content of a constitutional resolution affecting aboriginal rights to be put to Parliament, the federal government has restricted the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter. That is, in my opinion, to do no more than to declare Charter-based rights and duties as between aboriginal women and the Government of Canada.

#### Conclusion

I would allow the appeal and so declare and I would award the appellants their costs against the respondent both on appeal and in the Trial Division. ITC and MNC asked for costs. I would order that the intervenants should be neither liable for nor entitled to costs.

STONE J.A.: I agree.

GRAY D.J.: I agree.

plus tôt, d'une étape consultative à une étape législative dans laquelle les tribunaux ne s'immisceront pas. Bien que le *Renvoi relatif au RAPC* paraisse avoir laissé la question sans réponse, je ne peux franchement concevoir des circonstances, mêmes fondées sur la Charte, où le tribunal pourrait à bon droit intervenir, si indirectement cela soit-il, dans la convocation d'une conférence des premiers ministres ou de toute autre réunion purement intergouvernementale et leur dicter leur liste d'invités.

Ceci étant dit, le tribunal peut déclarer que le gouvernement fédéral a porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones de façon incompatible avec l'alinéa 2b) et l'article 28 de la Charte en incluant une organisation telle que l'APN, dont les intérêts sont indiscutablement opposés à ceux des femmes autochtones selon les normes de la société canadienne en général, tout en excluant la NWAC, une organisation qui défend leurs intérêts, dans un processus de révision de la Constitution visant à l'aider à choisir, et à gagner l'appui du public et des gouvernements provinciaux à cet égard, le contenu d'une résolution constitutionnelle devant être présentée au Parlement, et qui affecte les droits des autochtones. À mon avis, cela n'est rien de plus que de déterminer dans un jugement déclaratoire les droits et obligations nés de la Charte entre les femmes autochtones et le gouvernement du Canada.

#### Conclusion

J'accueillerais l'appel, et je le déclarerais, et j'accorderais aux appelantes leurs dépens contre l'intimée, en appel et devant la Section de première instance. La ITC et le RNM ont réclamé les dépens. J'ordonnerais que les intervenants ne soient pas responsables des dépens et qu'ils n'y aient pas droit.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ce jugement.

LE JUGE SUPPLÉANT GRAY: Je souscris à ce jugement.