

T-2422-03
2005 FC 1030

T-2422-03
2005 CF 1030

Heber Clifton, Clarence Anderson, Walter Robinson, Lorraine Bolton, Cathy Clifton, Clark Clifton, Lucy P. Clifton, Meagan Clifton, Robin Clifton, Sean Clifton, Mary Danes, Paul H. Dundas, Trina Eaton, Theresa Faulkner, Ruby J. Kingshott, Mildred Leask, Darlene Leland, Kaarlene Lindsay, Jessica McDonald, Elinor Mason, Phil Nyakis, Maisie A. Pahl, John W. Pahl, Veronica Pahl, Glenn Reece, Perry Reece, Shelly Reece, Edna Ridley, Fred Ridley, Harvey Ridley, John Ridley, Leslie Ridley, Allan Robinson, Brian L. Robinson, Delores Robinson, Douglas Robinson, Eugene T. Robinson, Jules Robinson, Malcom S. Robinson, Marie M. Robinson, Anne Suprina, and Lawrence Wilson (Applicants)

v.

David Benton in his capacity as the Hartley Bay Electoral Officer, the Hartley Bay Village Council, and the Hartley Bay Indian Band (Respondents)

INDEXED AS: CLIFTON v. HARTLEY BAY INDIAN BAND (F.C.)

Federal Court, O'Keefe J.—Vancouver, March 8; Ottawa, July 25, 2005.

Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review of Hartley Bay Electoral Officer's decisions applying Hartley Bay Band Custom Election Regulations — Pursuant to Regulations, Band members not residing on Reserve for six months prior to Hartley Bay Village Council elections not entitled to vote, stand as candidate, nominate candidates — This exclusion contrary to Charter, s. 15, not saved under section 1 — Application allowed, but election results not set aside — Declaration of invalidity of offending words in Regulations suspended until November 1, 2005 to allow consultative process within community to continue.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Under Hartley Bay Band Custom Election Regulations, Band members not residing on Reserve for six months prior to Hartley Bay Village Council elections not entitled to vote, stand as candidate, nominate candidates — Whether Village Council acting according to custom or Indian Act, authority flowing from Indian Act, decisions thus subject to Charter —

Heber Clifton, Clarence Anderson, Walter Robinson, Lorraine Bolton, Cathy Clifton, Clark Clifton, Lucy P. Clifton, Meagan Clifton, Robin Clifton, Sean Clifton, Mary Danes, Paul H. Dundas, Trina Eaton, Theresa Faulkner, Ruby J. Kingshott, Mildred Leask, Darlene Leland, Kaarlene Lindsay, Jessica McDonald, Elinor Mason, Phil Nyakis, Maisie A. Pahl, John W. Pahl, Veronica Pahl, Glenn Reece, Perry Reece, Shelly Reece, Edna Ridley, Fred Ridley, Harvey Ridley, John Ridley, Leslie Ridley, Allan Robinson, Brian L. Robinson, Delores Robinson, Douglas Robinson, Eugene T. Robinson, Jules Robinson, Malcom S. Robinson, Marie M. Robinson, Anne Suprina et Lawrence Wilson (demandeurs)

c.

David Benton en qualité de président d'élection de Hartley Bay, le conseil de village de Hartley Bay et la bande indienne de Hartley Bay (défendeurs)

RÉPERTORIÉ: CLIFTON c. BANDE INDIENNE DE HARTLEY BAY (C.F.)

Cour fédérale, juge O'Keefe—Vancouver, 8 mars; Ottawa, 25 juillet 2005.

Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire des décisions du président d'élection de Hartley Bay prises en application du Règlement sur les élections coutumières de la bande de Hartley Bay — Aux termes du Règlement, les membres de la bande qui ne résidaient pas dans la réserve depuis six mois au moment des élections n'ont pas le droit de voter, de se porter candidat, ou de présenter des candidats — Cette exclusion est contraire à l'art. 15 de la Charte et n'est pas légitimée par l'article premier — La demande a été accueillie mais les résultats de l'élection n'ont pas été annulés — La déclaration d'invalidité a été suspendue jusqu'au 1^{er} novembre 2005 pour permettre la poursuite des consultations au sein de la collectivité.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Aux termes du Règlement sur les élections coutumières de la bande de Hartley Bay, les membres de la bande qui ne résidaient pas dans la réserve depuis six mois au moment des élections n'avaient pas le droit de voter, de se porter candidat, ou de présenter des candidats — Que le conseil de village ait agi conformément à la coutume ou à la

Application of Charter, s. 15(1) analysis, set out in Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), applied in Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) — Exclusion from voting distinction denying equal benefit, imposing unequal burden — Differential treatment based on same analogous ground of discrimination as in Corbiere, i.e. Aboriginality-residence — Such differential treatment constituting discrimination as applicants completely excluded from participation in electoral process — Exclusion from Village Council elections found in Regulations thus contravening Charter, s. 15, not saved under section 1.

This was an application for judicial review of decisions of the Hartley Bay Electoral Officer. The Electoral Officer, applying the Hartley Bay Band Custom Election Regulations, denied members of the Hartley Bay Indian Band who had not resided on the Reserve for six months prior to the 2003 Hartley Bay Village Council elections the right to be nominated as candidates for the position of Chief or Councillor, and the right to vote in the elections.

The people of Hartley Bay belong to the Gitga'at Tribe of the Tsimshian Nation. The Gitga'at is governed through both the hereditary Clan system (the Clan Council) and the Village Council, elected pursuant to the Regulations, under subsection 2(1) of the *Indian Act*. Only an elector as defined by the Regulations may vote in an election, stand as a candidate, or nominate candidates for the election. The applicants argued that the residency requirement in the Regulations violated their equality rights contrary to section 15 of the Charter.

Held, the application should be allowed.

Whether the Village Council is acting according to custom or the *Indian Act*, its decisions are ultimately made pursuant to its authority under the *Indian Act*, and are therefore subject to the Charter. In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, the Supreme Court of Canada applied the subsection 15(1) Charter analysis that it had set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* and concluded that the exclusion of off-reserve members from voting pursuant to section 77 of the *Indian Act* infringed the Charter and was not saved by section 1. The same analysis was applied in the case at bar to determine whether the Regulations violated the applicants' section 15 equality rights. The exclusion of off-reserve members from voting satisfied the first requirement of the *Law* analysis, i.e. the exclusion

Loi sur les Indiens, ses pouvoirs découlent de la Loi sur les Indiens et ses décisions sont donc assujetties à la Charte — L'analyse prévue par l'art. 15(1) de la Charte, exposée dans Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) et appliquée dans Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord), a été appliquée en l'espèce — Le fait d'empêcher les membres hors réserve de voter constitue une distinction qui dénie l'égalité de bénéfice de la loi ou impose un fardeau inégal — La différence de traitement est fondée sur le même motif de discrimination analogue que dans Corbiere, c.-à-d. l'autochtonité-lieu de résidence — Une telle différence constitue de la discrimination, étant donné que les demandeurs sont complètement privés de toute participation au processus électoral — Le Règlement, dans la mesure où il prive les membres résidant hors réserve de toute participation aux élections des membres du conseil de village, contrevient à l'art. 15 de la Charte et n'est pas légitimé par l'article premier.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire qui visait les décisions du président d'élection de Hartley Bay. Le président d'élection a appliqué le Règlement sur les élections coutumières de la bande de Hartley Bay, et a refusé aux membres de la bande indienne de Hartley Bay qui ne résidaient dans la réserve depuis six mois au moment de l'élection des membres du conseil de village de Hartley Bay en 2003 le droit de poser leur candidature au poste de chef ou de conseiller et celui de voter aux élections.

Les Indiens de Hartley Bay font partie de la tribu Gitga'at de la nation Tsimshian. Les Gitga'at sont gouvernés selon un régime clanique héréditaire (le conseil de clan) ainsi que par un conseil de village, élu conformément au Règlement, adopté aux termes du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*. Seul un électeur tel que défini par le Règlement peut voter à une élection, se porter candidat ou présenter des candidats. Les demandeurs ont soutenu que la condition de résidence imposée par le Règlement violait leurs droits à l'égalité, contrairement à l'article 15 de la Charte.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Peu importe que le conseil de village agisse conformément à la coutume ou aux termes de la *Loi sur les Indiens*, ses décisions sont en fin de compte prises en vertu des pouvoirs que lui attribue la *Loi sur les Indiens* et sont donc assujetties à la Charte. Dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, la Cour suprême du Canada a repris l'analyse prévue par le paragraphe 15(1), telle qu'exposée dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* et a conclu que le fait d'empêcher les membres hors réserve de voter aux termes de l'article 77 de la *Loi sur les Indiens* constituait une violation de la Charte qui n'était pas légitimée par l'article premier. La même analyse a été effectuée dans la présente espèce pour déterminer si le Règlement violait les droits à l'égalité garantis par l'article 15

was a distinction that denied equal benefit or imposed an unequal burden. The second requirement was met. As in *Corbiere*, the applicants were subject to differential treatment based on the analogous ground of discrimination, that is, Aboriginality-residence. The final requirement was also met as the distinction at issue in fact constituted discrimination. The applicants were completely excluded from participation in the electoral process as was the case in *Corbiere*. In light of the Village Council's authority on matters affecting off-reserve members, there was no justification for granting on-reserve members a right to participate in the electoral process while completely excluding off-reserve members. The two-tiered governance system in this case (the Clan Council and the Village Council) did not meet the requirement of a process which "would respect non-residents' rights to meaningful and effective participation in the voting regime of the community" as discussed in *Corbiere*.

The Regulations, to the extent that they excluded off-reserve members from participating in the Village Council elections, thus contravened subsection 15(1) of the Charter and were not saved under section 1 of the Charter. However, the 2003 election results were not set aside, as it would have been damaging to the community for the Court to deem void any decision made by Council since then. Instead, the words "resides on Hartley Bay Band Reserve six months prior to election" in Regulations, paragraph 2(c)(iv) were declared invalid. Such declaration was suspended until November 1, 2005 to allow the consultative process within the Gitga'at community with respect to an appropriate voting regime to continue.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

aux demandeurs. Le fait d'empêcher les membres hors réserve de voter répondait à la première condition de l'analyse *Law*, c.-à-d. que l'exclusion était une distinction qui les privait de l'égalité de bénéfice de la loi ou leur imposait un fardeau inégal. La deuxième condition était remplie. Comme dans *Corbiere*, les demandeurs faisaient l'objet d'une différence de traitement fondée sur un motif de discrimination analogue, à savoir l'autochtonité-lieu de résidence. La dernière condition était également remplie, étant donné que la distinction en cause ici constituait de la discrimination. Les demandeurs ont été complètement privés de toute participation au processus électoral, comme c'était le cas dans *Corbiere*. Compte tenu du pouvoir qu'exerce le conseil de village dans des domaines touchant les membres vivant hors réserve, il n'était pas justifié d'accorder aux membres vivant dans la réserve le droit de participer au processus électoral tout en excluant complètement les membres hors réserve. Le système à deux paliers en vigueur ici (le conseil de clan et le conseil de village) ne répondait pas aux exigences d'un processus qui « respecterait les droits des non-résidents de participer concrètement et efficacement au régime électoral de la communauté » comme le déclarait la Cour suprême dans l'arrêt *Corbiere*.

Le Règlement, dans la mesure où il privait les membres résidant hors réserve de toute participation aux élections des membres du conseil de village, contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte et n'était pas légitimé par l'article premier de la Charte. Les résultats des élections de 2003 n'ont toutefois pas été annulés, parce que l'annulation par la Cour des décisions prises par le conseil depuis lors aurait causé un préjudice à la collectivité. La Cour a déclaré invalide les mots « Réside dans la réserve de la bande Hartley Bay depuis au moins six mois au moment des élections », qui figurait à l'alinéa 2c)(iv) du Règlement. Cette déclaration a été suspendue jusqu'au 1^{er} novembre 2005 de façon à permettre la poursuite du processus de consultations au sein de la communauté Gitga'at visant à mettre sur pied un régime électoral approprié.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15(1), 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1985, ch. 27.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1; (4th Supp.), c. 17, s. 1; S.C. 2000, c. 12, s. 148), 77 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1; (4^e suppl.), ch. 17, art. 1; L.C. 2000, ch. 12, art. 148), 77 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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

REFERRED TO:

Scrimbitt v. Sakimay Indian Band Council, [2000] 1 F.C. 513; [2000] 1 C.N.L.R. 205; (1999), 69 C.R.R. (2d) 295; 178 F.T.R. 210 (T.D.); *Gabriel v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2002 FCT 483; *Frank v. Bottle*, [1994] 2 C.N.L.R. 45; (1993), 65 F.T.R. 89 (F.C.T.D.); *Horse Lake First Nation v. Horseman* (2003), 337 A.R. 22; 223 D.L.R. (4th) 184; [2003] 8 W.W.R. 473; 17 Alta. L.R. (4th) 93; [2003] 2 C.N.L.R. 193 (Q.B.); *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290*, [1996] 3 C.N.L.R. 54; (1996), 107 F.T.R. 133 (F.C.T.D.); *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*, [2003] 4 F.C. 1133; [2003] 3 C.N.L.R. 86; (2003), 227 F.T.R. 161; 2003 FCT 115; *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358; [1999] 1 C.N.L.R. 106; 153 F.T.R. 257 (F.C.T.D.).

APPLICATION for judicial review of decisions by the Hartley Bay Electoral Officer that Band members who had not resided on the Reserve for six months prior to the 2003 Hartley Bay Village Council elections were not electors as defined in the Hartley Bay Band Custom Election Regulations and thus could not vote in the election, stand as a candidate, or nominate candidates. Application allowed.

APPEARANCES:

F. Matthew Kirchner for applicants.
Clarine Ostrove and *Louise Mandell* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Ratcliff & Company LLP, North Vancouver, for applicants.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

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

DÉCISIONS CITÉES :

Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay, [2000] 1 C.F. 513 (1^{re} inst.); *Gabriel c. Conseil des Mohawks de Kanesatake*, 2002 CFPI 483; *Frank c. Bottle*, [1993] A.C.F. n° 670 (1^{re} inst.) (QL); *Horse Lake First Nation v. Horseman* (2003), 337 A.R. 22; 223 D.L.R. (4th) 184; [2003] 8 W.W.R. 473; 17 Alta. L.R. (4th) 93; [2003] 2 C.N.L.R. 193 (B.R.); *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*, [1996] A.C.F. n° 150 (1^{re} inst.) (QL); *Francis c. Conseil Mohawk de Kanesatake*, [2003] 4 C.F. 1133; 2003 CFPI 115; *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, [1998] A.C.F. n° 1185 (1^{re} inst.) (QL).

DEMANDE de contrôle judiciaire des décisions prises par le président d'élection de Hartley Bay selon lesquelles les membres de la bande qui ne résidaient pas dans la réserve depuis six mois au moment de l'élection du conseil de village de Hartley Bay de 2003 n'étaient pas des électeurs tels que définis par le Règlement sur les élections coutumières de la bande de Hartley Bay et ne pouvaient donc pas voter à l'élection, se porter candidat ou présenter des candidats. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

F. Matthew Kirchner pour les demandeurs.
Clarine Ostrove et *Louise Mandell* pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ratcliff & Company LLP, North Vancouver, pour les demandeurs.

Mandell Pinder, Vancouver, for respondents.

Mandell Pinder, Vancouver, pour les défendeurs.

The following are the reasons for order and order rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et l'ordonnance rendus par

[1] O'KEEFE J.: This is an application for judicial review pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 as amended [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], of the following, which the applicants have referred to collectively as the "decisions":

[1] LE JUGE O'KEEFE: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée aux termes de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] et ses modifications, à l'égard de ce qui suit, que les demandeurs ont désigné collectivement comme étant les « décisions » :

1. A decision, order, act or proceeding of the Hartley Bay Electoral Officer or the Hartley Bay Village Council or both, dated on or about December 8, 2003, permitting the elections for the Hartley Bay Village Council (the 2003 elections) to proceed.

1. Une décision, une ordonnance ou un acte du président d'élection de Hartley Bay ou du conseil de village de Hartley Bay, ou des deux, daté du 8 décembre 2003 ou vers cette date, autorisant la tenue d'élections pour le conseil de village de Hartley Bay (les élections de 2003).

2. A decision, order, act or proceeding of the Hartley Bay Electoral Officer dated on or about December 8, 2003, declaring the result of the 2003 elections.

2. Une décision, une ordonnance ou un acte du président d'élection de Hartley Bay daté du 8 décembre 2003 ou vers cette date, déclarant les résultats des élections de 2003.

3. A decision, order, act or proceeding of the Hartley Bay Electoral Officer or the Hartley Bay Village Council (the Village Council) or both, dated in or about November 2003, the particulars of which are better known to the respondents, declaring the Hartley Bay Band Custom Election Regulations (the Regulations) applicable to the 2003 elections.

3. Une décision, une ordonnance ou un acte du président d'élection de Hartley Bay ou du conseil de village de Hartley Bay (le conseil de village) ou des deux, daté du mois de novembre 2003 ou vers cette date, dont les défendeurs connaissent bien le contenu, déclarant que le Règlement sur les élections coutumières de la bande de Hartley Bay (le Règlement) serait applicable aux élections de 2003.

4. A decision, order, act or proceeding of the Hartley Bay Electoral Officer made on or about November 24, 2003, that members of the Hartley Bay Indian Band (the Band) who do not reside on the Hartley Bay Band Reserve (the Reserve) or who had not resided on the Reserve for six months prior to the 2003 elections, are not eligible to be nominated as candidates for the position of Chief or Councillor or both of the Council in the 2003 elections.

4. Une décision, une ordonnance ou un acte du président d'élection de Hartley Bay pris le 24 novembre 2003 ou vers cette date, selon lequel les membres de la bande indienne de Hartley Bay (la bande) qui ne résident pas dans la réserve de la bande de Hartley Bay (la réserve) ou qui ne résidaient pas dans la réserve depuis six mois au moment des élections de 2003, ne peuvent présenter leur candidature au poste de chef ou de membre du conseil aux élections de 2003.

5. A decision, order, act or proceeding of the Hartley Bay Electoral Officer made on or about November 28, 2003, that members of the Hartley Bay Indian Band who do not reside on the Reserve or who had not resided on the Reserve for six months prior to the 2003 elections

5. Une décision, une ordonnance ou un acte du président d'élection de Hartley Bay pris le 28 novembre 2003 ou vers cette date, selon lequel les membres de la bande indienne de Hartley Bay qui ne résident pas dans la réserve ou qui ne résidaient pas dans la réserve depuis

are not eligible to be nominated as candidates for the position of Chief or Councillor or both of the Hartley Bay Village Council in the 2003 elections and are not eligible to vote in the 2003 elections.

6. A decision, order, act or proceeding of the Hartley Bay Electoral Officer or his delegate made on or about December 8, 2003, refusing to allow members of the Hartley Bay Indian Band who do not reside on the Reserve or who had not resided on the Reserve for six months prior to the 2003 elections to vote in the 2003 elections.

[2] The applicants request:

1. An order in the nature of *certiorari* pursuant to paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, quashing or setting aside the decisions or one or more of them;

2. An order pursuant to paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, declaring the 2003 elections to be invalid as:

(i) contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]; and

(ii) further, or in the alternative, not in accordance with the custom of the Band as accepted by a broad consensus of the membership of the Band.

3. An order in the nature of *certiorari* pursuant to paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, quashing or setting aside the result of the 2003 elections;

4. An order pursuant to paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, or section 52 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], or both, declaring the Regulations to be invalid on one or more of the following bases:

(i) the Regulations are contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

six mois au moment des élections de 2003 ne peuvent présenter leur candidature au poste de chef ou de membre du conseil de village de Hartley Bay pour les élections de 2003 et n'ont pas le droit de voter aux élections de 2003.

6. Une décision, une ordonnance ou un acte du président d'élection de Hartley Bay ou de son délégué pris le 8 décembre 2003 ou vers cette date, refusant aux membres de la bande indienne de Hartley Bay qui ne résident pas dans la réserve ou qui ne résidaient pas dans la réserve depuis six mois au moment des élections de 2003 le droit de voter aux élections de 2003.

[2] Les demandeurs sollicitent :

1. Une ordonnance de *certiorari* conformément à l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, annulant toutes les décisions en question ou certaines d'entre elles.

2. Une ordonnance rendue aux termes de l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, invalidant les élections de 2003 parce qu'elles sont :

(i) contraires au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44];

(ii) en outre, ou à titre subsidiaire, contraires à la coutume de la bande telle qu'acceptée par une forte majorité des membres de la bande.

3. Une ordonnance de *certiorari* rendue aux termes de l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, annulant les résultats des élections de 2003.

4. Une ordonnance rendue conformément à l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, ou à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], ou de ces deux lois, invalidant le Règlement pour un ou plusieurs des motifs suivants :

(i) le Règlement est contraire au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

- (ii) the Regulations were not accepted by a broad consensus of the membership of the Band;
- (iii) the Regulations are not acceptable to a broad consensus of the membership of the Band; or
- (iv) the Regulations are contrary to the custom of the Band;
5. An order pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, amending the definition of “Elector” in the Regulations by striking out subparagraph 2(c)(iv) of those Regulations which reads: “Resides on Hartley Bay Band Reserve six months prior to election”;
6. In the alternative, an order in the nature of *mandamus* pursuant to paragraph 18.1(3)(a) of the *Federal Courts Act*, directing the Village Council to amend the Regulations or enact new Band Custom Election Regulations, by a date to be set by the Court, that:
- (i) comply with the Charter and, in particular, that permit members of the Band who do not reside on the Reserve but who are otherwise qualified to vote in Council elections to vote for all positions on the Council, to stand as candidates for any and all positions on the Council; and
- (ii) are based on the custom of the Band as accepted by a broad consensus of the membership of the Band;
7. An order in the nature of *mandamus* pursuant to paragraph 18.1(3)(a) of the *Federal Courts Act*, directing the Council to hold a new election for all positions on the Village Council pursuant to the Regulations as amended or replaced pursuant to paragraph (e) or (f) above by a date to be set by the Court;
8. In the alternative, an order in the nature of *quo warranto* pursuant to subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*, removing the members of the Council from office;
9. An order that this Court retain jurisdiction of this matter until the Regulations are amended or replaced in
- (ii) le Règlement n’a pas été accepté par une forte majorité des membres de la bande;
- (iii) le Règlement n’est pas acceptable pour une forte majorité des membres de la bande;
- (iv) le Règlement est contraire à la coutume de la bande.
5. Une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, modifiant la définition d’électeur contenue dans le Règlement par l’annulation du sous-alinéa 2c)(iv) du Règlement qui se lit comme suit : [TRADUCTION] « Réside dans la réserve de la bande Hartley Bay depuis au moins six mois au moment des élections ».
6. À titre subsidiaire, une ordonnance de *mandamus* rendue aux termes de l’alinéa 18.1(3)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, obligeant le conseil de village à modifier le Règlement ou à adopter un nouveau règlement sur les élections coutumières de la bande, avant une date fixée par la Cour, qui :
- (i) respecte la Charte et, en particulier, autorise les membres de la bande qui ne résident pas dans la réserve mais qui répondent par ailleurs aux autres conditions permettant de voter aux élections du conseil à voter pour tous les postes du conseil, et à se porter candidat à n’importe quel poste du conseil;
- (ii) soit fondé sur la coutume de la bande acceptée par une forte majorité des membres de la bande.
7. Une ordonnance de *mandamus* rendue aux termes de l’alinéa 18.1(3)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, enjoignant au conseil de tenir de nouvelles élections pour tous les postes du conseil de village conformément au Règlement tel que modifié ou remplacé conformément aux paragraphes (e) ou (f) ci-dessus, avant une date fixée par la Cour.
8. À titre subsidiaire, une ordonnance de *quo warranto* aux termes du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, portant révocation des membres du conseil.
9. Une ordonnance déclarant que la Cour demeure saisie de l’affaire en attendant que le Règlement ait été modifié

accordance with paragraph (e) or (f) above and an election is held pursuant to paragraph (g) above;

10. Costs; and

11. Such further and other relief as this Honourable Court may deem just.

Background

[3] The people of Hartley Bay belong to the Gitga'at Tribe of the Tsimshian Nation. There are currently approximately 644 Band members. Of those, approximately 455 live off-reserve. The traditional territory of the Gitga'at Tribe encompasses 5,500 square kilometres of land along the coast and coastal islands of British Columbia.

[4] Hartley Bay is a reserve located on the Douglas Channel, near the Inside Passage. The governance of the Gitga'at is through both the hereditary Clan system (the Clan Council) as well as the Village Council, elected pursuant to the Regulations, under subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1; (4th Supp.), c. 17, s. 1; S.C. 2000, c. 12, s. 148] of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

[5] The Regulations were adopted by resolution of the Band in 1979 and approved by an order amending order in Council P.C. 3692. There were minor amendments to the Regulations in 1981.

[6] Only an elector as defined by the Regulations may vote in an election, stand as a candidate, or nominate candidates for the election. One requirement to be an elector is that a person must reside on the Reserve six months prior to the election.

[7] The election which prompted this judicial review application was held on December 8, 2003.

[8] David Benton (Benton) was the Hartley Bay Electoral Officer for the Village Council elections held on December 8, 2003 (the 2003 elections). Benton applied the Regulations to the 2003 elections. The same

ou remplacé conformément aux paragraphes (e) ou (f) ci-dessus et qu'une élection soit tenue conformément au paragraphe (g) ci-dessus.

10. Les dépens.

11. Toute autre réparation que la Cour estime appropriée.

Le contexte

[3] Les Indiens de Hartley Bay font partie de la tribu Gitga'at de la Nation Tsimshian. Cette bande compte à l'heure actuelle environ 644 membres. Quatre cent cinquante-cinq de ces personnes ou à peu près vivent hors réserve. Le territoire traditionnel de la tribu Gitga'at comprend 5 500 kilomètres carrés de terres situées le long de la côte et des îles côtières de la Colombie-Britannique.

[4] Hartley Bay est une réserve située sur le chenal marin de Douglas, près du Passage de l'Intérieur. Les Gitga'at sont gouvernés selon un régime clanique héréditaire (le conseil de clan) ainsi que par un conseil de village, élu conformément au Règlement, adopté aux termes du paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1; (4^e suppl.), ch. 17, art. 1; L.C. 2000, ch. 12, art. 148] de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

[5] Le Règlement a été adopté par une résolution de la bande en 1979 et approuvé par un décret modifiant le décret en conseil C.P. 3692. Le Règlement a subi des modifications mineures en 1981.

[6] Seul un électeur tel que défini par le Règlement peut voter à une élection, se porter candidat ou présenter des candidats à une élection. Une des conditions exigées pour être électeur est de résider dans la réserve depuis six mois au moment de l'élection.

[7] L'élection qui a débouché sur la présente demande de contrôle judiciaire a eu lieu le 8 décembre 2003.

[8] David Benton (Benton) était le président d'élection de Hartley Bay pour les élections du conseil de village tenues le 8 décembre 2003 (les élections de 2003). Benton a appliqué le Règlement aux élections de 2003.

Regulations (or substantially the same Regulations) applied in respect of the 2001 election for Village Council.

Le même Règlement (ou un règlement pratiquement identique) avait été appliqué aux élections du conseil de village de 2001.

[9] On or about November 24, 2003, a nomination meeting was held, pursuant to the Regulations, for the purpose of nominating candidates for the positions of Chief and councillors for the 2003 elections. At that meeting, Benton would not accept the nomination of persons who had not resided on the Reserve for six months prior to the election. In previous elections, nominations for persons who had not met the six-month residency requirement had been accepted, and in some instances, the person was elected.

[9] Le 24 novembre 2003 ou vers cette date, une réunion de mise en candidature a été tenue, conformément au Règlement, dans le but de proposer des candidats aux postes de chef et de conseillers pour les élections de 2003. Au cours de cette réunion, Benton a refusé la candidature de personnes qui ne résidaient pas dans la réserve depuis six mois. Pour les élections antérieures, la candidature de personnes qui ne répondaient pas à cette condition de résidence avait été acceptée et, dans certains cas, ces personnes avaient même été élues.

[10] On or about November 28, 2003, Benton issued a written decision regarding the qualifications of certain persons to participate in the 2003 election as candidates and electors. He ruled that:

[10] Le 28 novembre 2003 ou vers cette date, Benton a rendu une décision écrite concernant le droit de certaines personnes de participer aux élections de 2003 à titre de candidat ou d'électeur. Il a décidé ce qui suit :

1. The Regulations apply in respect of the 2003 election;
2. Persons who are members of the Band but who are not ordinarily resident on the Reserve are not "electors" under the Regulations;
3. Persons who do not meet the definition of "elector" under the Regulations are not entitled to be a candidate for the position of Chief or Councillor in the 2003 election, and are not entitled to vote in the 2003 elections.

1. Le Règlement régit les élections de 2003;
2. Les personnes qui sont membres de la bande mais qui ne résident pas ordinairement dans la réserve ne sont pas des « électeurs » aux termes du Règlement;
3. Les personnes qui ne répondent pas à la définition d'« électeur » du Règlement n'ont pas droit d'être candidates au poste de chef ou de conseiller à l'élection de 2003 et n'ont pas le droit de voter à l'élection de 2003.

[11] On December 8, 2003, based on the results of the 2003 election, Benton declared Patricia Sterritt acclaimed for the position of Chief and Edward Robinson, Ellis Clifton, Cameron Hill and Bruce Reese elected councillors for the Band.

[11] Le 8 décembre 2003, en se fondant sur les résultats de l'élection de 2003, Benton a déclaré que Patricia Sterritt avait été élue par acclamation au poste de chef et que Edward Robinson, Ellis Clifton, Cameron Hill et Bruce Reese avaient été élus conseillers de la bande.

Issues

[12] The issues as framed by the applicants are:

1. The Regulations violate the equality rights of the applicants contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (the Charter) and this violation is not saved by section 1 of the Charter; and

Les questions en litige

[12] Les questions en litige, telles que formulées par les demandeurs, sont les suivantes :

1. Le Règlement viole les droits à l'égalité des demandeurs contrairement au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, (la Charte) et cette violation n'est pas légitimée par l'article premier de la Charte.

2. The Regulations do not reflect the custom of the Band as supported by a broad consensus of the Band membership.

[13] The issues as framed by the respondents are:

1. Whether the Gitga'at's two-tiered system of governance violates subsection 15(1) of the Charter; and
2. Whether the Regulations reflect the custom of the Band.

Applicants' Submissions

[14] Issue 1

The applicants submitted that the Regulations violate their right to equality under subsection 15(1) of the Charter, by preventing them from participating in Band governance for reasons based on immutable characteristics. The Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 held that the *Indian Act*, which excluded off-reserve members from participating in Band elections discriminated against off-reserve members and was contrary to section 15 of the Charter. The infringement was found to not be justified under section 1 of the Charter.

[15] The applicants submitted that this case is identical in all material respects to *Corbiere*, except for one factor: the Hartley Bay Band is a custom Band whereas the council in *Corbiere* was elected under the *Indian Act*. Accordingly, the only issue regarding the lawfulness of the Regulations is whether *Corbiere* applies to bands whose councils are chosen in accordance with the custom of the Band. This Court has suggested in numerous cases that *Corbiere* should apply to custom bands (see *Scrimbitt v. Sakimay Indian Band Council*, [2000] 1 F.C. 513 (T.D.); *Gabriel v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2002 FCT 483).

[16] The applicants submitted that whether the Village Council is acting according to custom or the

2. Le Règlement ne reflète pas la coutume de la bande et ne bénéficie pas d'un large consensus chez les membres de la bande.

[13] Les questions, telles que formulées par les défendeurs, sont les suivantes :

1. Le système de gouvernance à deux paliers des Gitga'at viole-t-il le paragraphe 15(1) de la Charte?
2. Le Règlement reflète-t-il la coutume de la bande?

La thèse des demandeurs

[14] La question en litige 1

Les demandeurs soutiennent que le Règlement viole leur droit à l'égalité que leur reconnaît le paragraphe 15(1) de la Charte puisqu'il les empêche de participer à la gouvernance de la bande pour des motifs fondés sur des caractéristiques immuables. Dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême du Canada a jugé que la *Loi sur les Indiens*, qui interdisait aux membres résidant hors réserve de participer aux élections de la bande étaient discriminatoires à l'égard de ces membres et contraires à l'article 15 de la Charte. La Cour suprême a déclaré que cette violation ne pouvait se justifier aux termes de l'article premier de la Charte.

[15] Les demandeurs soutiennent que la présente affaire est identique sur tous les points importants à l'arrêt *Corbiere*, à l'exception d'un élément : la bande Hartley Bay est une bande coutumière alors que dans *Corbiere*, le conseil avait été élu aux termes de la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, la seule question que soulève la légalité du Règlement est celle de savoir si l'arrêt *Corbiere*, s'applique aux bandes dont les conseils sont choisis conformément à la coutume de la bande. La Cour a indiqué dans de nombreuses affaires que l'arrêt *Corbiere* s'appliquait aux bandes coutumières (voir *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 C.F. 513 (1^{re} inst.); *Gabriel c. Conseil des Mohawk de Kanesatake*, [2002] CFPI 483).

[16] Les demandeurs soutiennent que, lorsque le conseil de village agit conformément à la coutume ou à

Indian Act, its decisions are ultimately made pursuant to its authority under the *Indian Act*, and are therefore subject to the Charter (see *Frank v. Bottle*, [1994] 2 C.N.L.R. 45 (F.C.T.D.); *Horse Lake First Nation v. Horseman* (2003), 337 A.R. 22 (Q.B.)).

[17] The applicants submitted that the Regulations wholly exclude off-reserve members from participating in Band elections. The discrimination cannot be justified because the Regulations do not create a minimal impairment of the applicants' rights. Rather, they preclude off-reserve members from participating in Band governance at all, with no regard for possible avenues of accommodation. A minimal impairment must make at least some accommodation of the right to participate in matters that affect off-reserve members.

[18] The applicants submitted that the Village Council is responsible for the governance of the affairs of the Band. The applicants submitted that the evidence shows that the powers of the Village Council extend well beyond the needs of on-reserve members. For example, the Village Council is responsible for:

- (a) control over infrastructure and local governance;
- (b) control of access to on-reserve housing;
- (c) management and allocation of reserve land;
- (d) management of the finances and capital assets of the Band;
- (e) control over economic development initiatives and the benefit of the Band;
- (f) administration of post-secondary education funding for all Band members;
- (g) administration of health funding and programs for all Band members;
- (h) control of surrender of Band lands;

la *Loi sur les Indiens*, ses décisions sont finalement prises aux termes des pouvoirs que lui attribue la *Loi sur les Indiens*, et qu'elles sont donc assujetties à la Charte (voir *Frank c. Bottle*, [1993] A.C.F. n° 670 (1^{re} inst.) (QL); *Horse Lake First Nation v. Horseman* (2003), 337 A.R. 22 (B.R.)).

[17] Les demandeurs soutiennent que le Règlement exclut totalement les membres qui habitent hors réserve de toute participation aux élections de la bande. Cette discrimination ne peut se justifier parce que le Règlement ne constitue pas une atteinte minimale aux droits des demandeurs. Il interdit en fait aux membres qui résident hors réserve de participer de quelque manière que ce soit à la gouvernance de la bande, sans offrir aucune possibilité d'accommodement. Une atteinte minimale devrait tout de même permettre aux membres qui résident hors réserve de participer, selon certaines modalités, aux affaires qui les touchent.

[18] Les demandeurs soutiennent que le conseil de village est chargé de la gouvernance de la bande. Les demandeurs soutiennent que les preuves établissent que les pouvoirs qu'exerce le conseil de village s'étendent bien au-delà des besoins des membres qui résident dans la réserve. Par exemple, le conseil de village est responsable des aspects suivants :

- a) le contrôle de l'infrastructure et la gouvernance locale;
- b) le contrôle de l'accès au logement dans la réserve;
- c) la gestion et l'attribution des terres de réserve;
- d) la gestion des finances et des actifs de la bande;
- e) le contrôle sur les initiatives de développement économique et les recettes de la bande;
- f) l'administration des fonds destinés à l'éducation postsecondaire pour tous les membres de la bande;
- g) l'administration des programmes et du financement des services de santé pour tous les membres de la bande;
- h) le contrôle de la cession des terres de la bande;

(i) management and development of the natural resources on the property and within the traditional territory of the Band;

(j) engagement in and funding of the treaty process; and

(k) management and protection of aboriginal rights and title both on and off reserve lands.

[19] The applicants submitted that with respect to the hereditary chief system, the Clan Council is inadequate and cannot constitute accommodation of the applicants' rights and interests. There is no evidence before the Court as to, for example, whether notices of meetings are sent to off-reserve Band members, how the Clan Council is chosen, how off-reserve members participate in meetings and decision-making, and how the Clan Council and Village Council resolve conflicts and whose decisions prevail in the case of a conflict.

[20] The applicants submitted that the Village Council is the only entity legally recognized by Canada, and the only entity that has the full legal and political authority to manage rights and interests of the off-reserve members of the Band; the Clan Council could have no actual power to govern the Band. For that reason, the applicants must have active and real participation in the election and functions of the Village Council.

[21] The applicants submitted that the Regulations are not based on the broad consensus of the Band. Therefore, the Regulations cannot constitute a justifiable limit on the applicants' rights "as prescribed by law," as required pursuant to section 1 of the Charter.

[22] Issue 2

The applicants submitted that the Regulations were adopted without the broad consensus of the membership of the Band and do not presently enjoy the support of the broad consensus of the membership. A band's

i) l'administration et le développement des ressources naturelles sur la propriété et dans le territoire traditionnel de la bande;

j) la participation à la négociation de traités et son financement;

k) la gestion et la protection des droits ancestraux et du titre aborigène tant dans la réserve qu'à l'extérieur.

[19] Les demandeurs soutiennent que, pour ce qui est du système de chef héréditaire, le conseil de clan est un mécanisme insuffisant qui ne tient pas compte des droits et des intérêts des demandeurs. La Cour ne dispose d'aucun élément indiquant, par exemple, si les avis de réunion sont envoyés aux membres de la bande résidant hors réserve, ou concernant la façon dont sont choisis les membres du conseil de clan, la façon dont les membres résidant hors réserve participent aux réunions et à la prise de décisions ainsi que la façon dont le conseil de clan et le conseil de village résolvent les conflits et quelles sont les décisions qui l'emportent en cas de conflit.

[20] Les demandeurs soutiennent que le conseil de village est la seule entité juridiquement reconnue par le Canada, la seule entité possédant la pleine autorité juridique et politique de gérer les droits et les intérêts des membres de la bande résidant hors réserve. Le conseil de clan pourrait n'avoir aucun véritable pouvoir en matière de gouvernance de la bande. C'est la raison pour laquelle les demandeurs doivent pouvoir participer activement et réellement à l'élection et aux fonctions du conseil de village.

[21] Les demandeurs soutiennent que le Règlement ne reflète pas un large consensus des membres de la bande. Le Règlement ne constitue donc pas « une règle de droit » restreignant les droits des demandeurs « dont la justification puisse se démontrer », comme l'exige l'article premier de la Charte.

[22] La question en litige 2

Les demandeurs soutiennent que le Règlement ne reflète pas un large consensus auprès des membres de la bande et ne bénéficie pas actuellement de l'appui d'une forte majorité de ses membres. La coutume d'une bande

custom must include practices for the choice of council which are generally acceptable to members of the band upon which there is a broad consensus (see *Bone v. Sioux Valley Indian Band No 290*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.)). It is Band membership as a whole that must make this determination, not the Council alone and not just the on-reserve members (*Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*, [2003] 4 F.C. 1133 (T.D.)).

[23] The applicants submitted that when the Regulations were adopted in 1979, they were intended to reflect the *Indian Act* model in place at the time, not the custom of the Band. There is no evidence that there was any discussion about traditional Band custom at the time the Regulations were drafted. There is also no evidence that the off-reserve membership was invited or even notified of the meetings at which the Regulations were discussed.

[24] The applicants submitted that in the alternative, if the 1979 Regulations did reflect the custom of the Band at that time, the circumstances have changed significantly since then, particularly with the decision in *Corbiere*, such that it can no longer be said that the Regulations enjoy the support of a broad consensus of the membership, including off-reserve members.

Respondents' Submissions

[25] The respondents submitted that this case is distinguishable from *Corbiere* in that the Gitga'at have a two-tiered governance system which is well established and facilitates the participation of all Band members regardless of their residency, in Gitga'at governance.

[26] The respondents submitted that section 15 of the Charter, is not violated in this case. In *Corbiere*, the concurring judgments of McLachlin J. (as she then was) and L'Heureux-Dubé J. both held that not all forms of differential treatment between on-reserve and off-reserve members constitutes discrimination. It is only when off-reserve members are completely excluded from participation in Band governance that a clear

doit prévoir une façon de choisir les membres du conseil qui soit généralement acceptable aux membres de la bande et qui reflète un large consensus (voir *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*, [1996] A.C.F. n° 150 (1^{re} inst.) (QL)). C'est l'ensemble des membres de la bande qui doit prendre cette décision, et non pas le seul conseil ou les seuls membres de la bande qui vivent dans la réserve (*Francis c. Conseil Mohawk de Kanesatake*, [2003] 4 C.F. 1133 (1^{re} inst.)).

[23] Les demandeurs soutiennent que le Règlement adopté en 1979 devait refléter le modèle prévu par la *Loi sur les Indiens* en vigueur à l'époque, et non pas la coutume de la bande. Il n'existe aucun élément indiquant que la coutume traditionnelle de la bande ait fait l'objet de discussion à l'époque de l'élaboration du Règlement. Il n'existe pas non plus d'élément indiquant que les membres résidant hors réserve aient été invités, voire informés de la réunion au cours de laquelle le Règlement a été discuté.

[24] Les demandeurs soutiennent à titre subsidiaire que, si le Règlement de 1979 reflète effectivement la coutume de la bande de cette époque, les circonstances ont sensiblement évolué depuis, en particulier avec l'arrêt *Corbiere*, de sorte qu'il n'est plus possible d'affirmer que le Règlement bénéficie d'un large consensus au sein de la bande, y compris auprès des membres résidant hors réserve.

La thèse des défendeurs

[25] Les défendeurs soutiennent qu'il est possible d'établir une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Corbiere* dans la mesure où les Gitga'at ont un système de gouvernance à deux paliers traditionnel qui facilite la participation de tous les membres de la bande, quel que soit leur lieu de résidence, à la gouvernance des Gitga'at.

[26] Les défendeurs soutiennent que l'article 15 de la Charte, n'a pas été violé en l'espèce. Dans *Corbiere*, la juge McLachlin (maintenant juge en chef) et la juge L'Heureux-Dubé ont déclaré dans leurs jugements concourants que les différences de traitement entre les membres vivant dans la réserve et ceux qui vivent hors réserve ne constituent pas toutes de la discrimination. C'est uniquement lorsque les membres de l'extérieur de

violation of subsection 15(1) of the Charter has occurred.

[27] L'Heureux-Dubé J. in *Corbiere*, made it clear that identical voting rights between on-reserve members and off-reserve members are not required by section 15. The respondents submitted that a system of governance and representation exists in the Band such that the interests of off-reserve members are fully protected for Charter purposes.

[28] The respondents submitted that recognition by Canadian governments does not determine where power and authority lie within the Gitga'at Tribe, based on their traditions, lands and customs. The fact that the Village Council is legally recognized means that it is the "formal" partner empowered to enter into agreements, but does not mean it is the "substantive" decision-maker on all, or many, matters.

[29] The respondents submitted that the Clan Council has jurisdiction over non-reserve issues which affect all members—including Aboriginal rights and title, protection of Gitga'at traditional territory, and treaty negotiations. The Clan Council is actively involved in economic development initiatives and has created the Gitga'at Development Corporation, in which the governing Board reflects the hereditary system of the Gitga'at, so that off-reserve members are fully represented and receive benefits equal to on-reserve members.

[30] By contrast, the Village Council's jurisdiction is related to the *Indian Act*, Department of Indian Affairs' policy, and to local matters of direct interest to Band members living on-reserve. Where the Village Council is required to act—by virtue of the *Indian Act* or Department of Indian Affairs policy—in areas under the jurisdiction of the Clan Council, the Village Council

la réserve sont complètement exclus de toute participation à la gouvernance de la bande que cela constitue une violation claire du paragraphe 15(1) de la Charte.

[27] La juge L'Heureux-Dubé a clairement indiqué, dans *Corbiere*, que l'article 15 n'exige pas que les membres vivant dans la réserve et ceux qui vivent hors réserve bénéficient d'un droit de vote identique. Les défendeurs soutiennent que le système de gouvernance et de représentation utilisé par la bande est tel qu'il protège pleinement les droits des membres résidant hors réserve, pour ce qui est des fins de la Charte.

[28] Les défendeurs soutiennent que la reconnaissance accordée par les gouvernements canadiens n'a pas pour effet de décider quels sont les instances de la tribu Gitga'at qui possèdent le pouvoir et l'autorité, conformément à leurs traditions, à leurs terres et à leurs coutumes. Le fait que le conseil de village soit juridiquement reconnu veut dire qu'il est le partenaire « officiel » qui a le droit de conclure des ententes, mais cela ne veut pas dire qu'il est le décideur « essentiel » dans tous les domaines ou dans un grand nombre d'entre eux.

[29] Les demandeurs soutiennent que le conseil de clan exerce des pouvoirs sur les questions ne touchant pas la réserve qui concernent tous les membres—y compris les droits ancestraux et le titre aborigène, la protection du territoire traditionnel des Gitga'at et la négociation de traités. Le conseil de clan participe activement aux initiatives de développement économique et a mis sur pied la société de développement Gitga'at, dont le conseil d'administration reflète le système héréditaire des Gitga'at, de sorte que les membres résidant hors réserve sont pleinement représentés et bénéficient des mêmes avantages que les membres vivant dans la réserve.

[30] Par contre, la compétence du conseil de village est reliée à la *Loi sur les Indiens*, aux politiques du ministère des Affaires indiennes et aux affaires locales intéressant directement les membres de la bande vivant dans la réserve. Lorsque le conseil de village doit prendre une décision—aux termes de la *Loi sur les Indiens*, ou d'une politique du ministère des Affaires

acts at the direction of the Clan Council.

[31] The respondents submitted that:

1. The Village Council has been able to secure the equivalent of 17 salmon gillnet licences which are available to on- and off-reserve members, and in fact, the vast majority of them are held by off-reserve members;
2. The eco-tourism initiatives are led by the Clan Chiefs;
3. With regard to treaty negotiations, the Clan Council gives the Village Council a mandate to participate in the treaty processes;
4. The Clan Council is the guardian of the collective rights and title of the Gitga'at people; and
5. Off-reserve members serve as Clan Chiefs. For example, Albert Clifton lives off-reserve and is the Clan Chief of the Gispudwada Clan.

[32] The respondents submitted that while there is differential treatment between on-reserve and off-reserve members, this differential treatment does not amount to discrimination. Far from a complete exclusion from band governance, off-reserve members are represented, participate and hold leadership positions in relation to the fundamental issues which impact their life and well-being as members of the Gitga'at.

[33] Absent any evidence of particular disadvantage, no violation of subsection 15(1) can be said to exist. In this case, unlike *Corbiere*, the applicants have not shown any particular disadvantage as a result of the Regulations.

[34] Minimal Impairment

The respondents submitted that if discrimination is found to exist in this case, the only issue is whether the

indiennes—dans des domaines relevant de la compétence du conseil de clan, le conseil de village agit selon les directives du conseil de clan.

[31] Les défendeurs soutiennent que :

1. Le conseil de village a réussi à obtenir l'équivalent de 17 permis de pêche au saumon au filet maillant qui sont offerts aux membres vivant dans la réserve et hors réserve, et en fait, dont la vaste majorité est détenue par des membres hors réserve;
2. Les initiatives dans le domaine de l'écotourisme relèvent des chefs de clan;
3. Pour ce qui est de la négociation de traités, le conseil de clan accorde au conseil de village le mandat de participer à ces négociations;
4. Le conseil de clan est le gardien des droits collectifs et du titre du peuple Gitga'at;
5. Les membres résidant hors réserve peuvent occuper les fonctions de chef de clan. Par exemple, Albert Clifton réside hors réserve et est le chef du clan Gispudwada.

[32] Les défendeurs soutiennent que, s'il existe des différences entre le traitement accordé aux membres de la réserve et aux membres hors réserve, ces différences ne constituent pas de la discrimination. Loin d'être complètement exclus de la gouvernance de la bande, les membres résidant hors réserve y sont représentés, ils y participent et occupent des postes de direction pour ce qui est des questions fondamentales qui touchent leur vie et leur bien-être en qualité de membres des Gitga'at.

[33] En l'absence de tout élément démontrant l'existence d'un désavantage particulier, il est impossible d'affirmer qu'il y a eu violation du paragraphe 15(1). Dans la présente affaire, à la différence de l'affaire *Corbiere*, les demandeurs n'ont pas démontré que le Règlement leur causait un désavantage particulier.

[34] L'atteinte minimale

Les défendeurs soutiennent que, si la Cour conclut qu'il y a eu discrimination en l'espèce, la seule question

Regulations minimally impair the right to representation. L'Heureux-Dubé J. specifically commented on a two-tiered system in *Corbiere*. Accordingly, any violation of subsection 15(1) is saved by section 1 of the Charter as the equality rights of the applicants have only been minimally impaired by the Gitga'at two-tier form of band governance. As the Court held in *Corbiere*, excluding non-residents from voting is rationally connected to the objective. In this case, the Regulations ensure that those with the most direct and immediate interest—the residents—maintain voting control over the decisions that will affect the future of the Reserve. However, as the existence of the two-tiered governance system provides off-reserve residents with meaningful participation in the governance of the Band, any impairment resulting from restrictions in the Regulations is minimal.

est de savoir si le Règlement constitue une atteinte minimale au droit d'être représenté. La juge L'Heureux-Dubé a formulé des commentaires touchant directement un système à deux paliers dans *Corbiere*. Par conséquent, toute violation éventuelle du paragraphe 15(1) est légitimée par l'article premier de la Charte, étant donné que les droits à l'égalité des demandeurs n'ont fait l'objet que d'une atteinte minimale en raison de la forme de gouvernance à deux paliers de la bande Gitga'at. Comme la Cour l'a jugé dans *Corbiere*, le fait de supprimer le droit de vote des non-résidents entretient un lien rationnel avec l'objectif recherché. En l'espèce, le Règlement veille à ce que les personnes ayant un intérêt particulièrement direct et immédiat—à savoir les résidents—conservernt un contrôle, par le moyen du vote, sur les décisions qui touchent l'avenir de la réserve. Cependant, étant donné qu'un système de gouvernance à deux paliers accorde aux résidents hors réserve la possibilité de participer véritablement à la gouvernance de la bande, toute atteinte pouvant découler de certaines restrictions contenues dans le Règlement ne peut être que minimale.

[35] Issue 2

Preliminary Objection

The respondents submitted that the Regulations were adopted over 25 years ago. A challenge to the Regulations in 2004 is barred by the applicants' excessive delay in commencing an application. A delay of 25 years in bringing judicial review of the decision to adopt the Regulations is clearly unreasonable. To allow the applicants to attempt to now establish that the Regulations were not based on a broad consensus of the Band creates substantial prejudice.

[36] There is insufficient evidence for the Court to make a conclusive finding as to whether there did or did not exist a broad consensus of the Band membership at the time the Regulations were adopted. The only evidence before the Court is that at a meeting of the Band membership in 1979, the Regulations were approved by the unanimous vote of those in attendance at the meeting. The subsequent minor amendments to the Regulations were also overwhelmingly adopted by those in attendance at the meeting.

[35] La question en litige 2

L'objection préliminaire

Les défendeurs affirment que le Règlement a été adopté il y a plus de 25 ans. Les demandeurs ne peuvent contester en 2004 le Règlement parce qu'ils ont trop attendu pour le faire. Il est manifestement déraisonnable d'attendre 25 ans avant de demander le contrôle judiciaire de la décision d'adopter le Règlement. Autoriser aujourd'hui les demandeurs à essayer d'établir que le Règlement ne reflète pas un large consensus chez les membres de la bande créerait un grave préjudice.

[36] La Cour dispose de preuves insuffisantes pour pouvoir déterminer s'il existait ou non un large consensus parmi les membres de la bande au moment où le Règlement a été adopté. Les seuls éléments dont dispose la Cour est qu'en 1979, au cours d'une réunion des membres de la bande, le Règlement a été adopté à l'unanimité par toutes les personnes présentes. Les modifications mineures qui ont été apportées par la suite au Règlement ont été également adoptées par l'immense majorité de ceux qui assistaient à la réunion.

[37] The respondents submitted that there is also no evidence as to the number of Band members in 1979, the number of Band members added to the Band list after Bill C-31 [*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27] in 1985, the names and residency of those who participated in meetings adopting the Regulations and their amendments, and the broader context of the adoption of the Regulations.

[38] Acquiescence

The respondents submitted that the applicants have acquiesced to both the Regulations being the “custom of the Band,” and specifically, to the 2003 election being held in accordance with the Regulations. From 1979 until 2002, a period covering approximately 13 Village Council elections, there were no complaints from any of the applicants concerning the Regulations. The pattern of acquiescence from 1979 until 2002 is a bar to the applicants now challenging the Regulations.

[39] Custom Regulations

The respondents submitted that the Regulations are valid within the *Indian Act* framework. A Band’s customs include practices for the choice of a council which are generally acceptable to members of the Band, upon which there is a broad consensus (see *Bone*). For *Indian Act* purposes, a Band electoral “custom” is dynamic (see *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358 (F.C.T.D.)).

[40] In the case at bar, the Band has always had a two-tiered system of governance, comprised of both a Clan Council and a Village Council. Since the early 1950s, the Village Council has been elected pursuant to either the *Indian Act* or custom. The Clan Council has been selected, since time immemorial, by designation and inheritance.

[41] The respondents submitted that on the question of whether the complaints lodged since 2002 concerning the Regulations illustrate the loss of a broad consensus,

[37] Les défendeurs soutiennent également qu’il n’existe aucun élément permettant d’établir le nombre des membres de la bande en 1979, le nombre des membres de la bande qui ont été ajoutés à la liste de la bande après le projet de loi C-31 [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27] en 1985, les noms et la résidence de ceux qui ont participé aux réunions qui ont débouché sur l’adoption du Règlement et ses modifications et sur le contexte plus large dans lequel le Règlement a été adopté.

[38] L’acquiescement

Les défendeurs soutiennent que les demandeurs ont acquiescé à la fois au fait que le Règlement représente « la coutume de la bande » et plus précisément, au fait que l’élection de 2003 a été régie par le Règlement. Entre 1979 et 2002, une période qui couvre près de 13 élections du conseil de village, les demandeurs ne se sont jamais plaints du Règlement. L’attitude d’acquiescement qu’ont eue les demandeurs de 1979 à 2002 leur interdit aujourd’hui de contester le Règlement.

[39] Le règlement coutumier

Les défendeurs soutiennent que le Règlement a été adopté valablement dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*. Les coutumes de la bande comprennent les pratiques suivies pour le choix des membres du conseil qui sont généralement acceptées par les membres de la bande, et sur lesquelles il existe un large consensus (voir *Bone*). Aux fins de la *Loi sur les Indiens*, la « coutume » électorale de bande est une notion dynamique (voir *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, [1998] A.C.F. n° 1185 (1^{re} inst.) (QL)).

[40] En l’espèce, la bande a toujours eu un système de gouvernance à deux paliers, comprenant un conseil de clan et un conseil de village. Depuis le début des années 1950, le conseil de village est élu conformément à la *Loi sur les Indiens*, ou à la coutume. Le conseil de clan a été choisi, depuis des temps immémoriaux, par cooptation et hérédité.

[41] Les défendeurs soutiennent que sur la question de savoir si les plaintes déposées depuis 2002 à l’égard du Règlement montrent la perte d’un large consensus,

this is not a representative action. There are 44 applicants from Prince Rupert who are challenging the Regulations. There are over 600 Band members, approximately 200 who live in Prince Rupert. Given two decades of acquiescence to the Regulations, this constitutes a small and vocal group, but not the loss of a broad consensus.

[42] Given that the determination of the “custom” to be used in a custom election is something within the expertise of the Band, the decision to choose councils based on custom is a choice which should be shown considerable deference. The Court should give weight to the fact that the Band and the Village Council are currently engaged in an inclusive process to amend their electoral process.

[43] The respondents requested that the application for judicial review be dismissed with costs.

Relevant Statutory Provisions

[44] Subsection 2(1) of the *Indian Act*, states in part as follows:

2. (1) . . .

“council of the band” means

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

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

[45] The applicants submitted that whether the Village Council is acting according to custom or the *Indian Act*, its decisions are ultimately made pursuant to its authority under the *Indian Act* and are therefore subject to the Charter. I agree with that statement.

[46] The Court in *Corbiere*, utilized the subsection 15(1) analysis set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497,

l’action n’est pas représentative. Quarante-quatre demandeurs de Prince Rupert contestent le Règlement. La bande compte plus de 600 membres, dont environ 200 vivent à Prince Rupert. Étant donné que pendant deux décennies les membres ont acquiescé au Règlement, cela ne représente qu’un petit groupe de membres actifs et motivés, mais non pas la perte d’un large consensus.

[42] Étant donné que le choix de « la coutume » à utiliser dans une élection coutumière est une décision qui relève de l’expertise de la bande, la décision de choisir les conseils en se fondant sur la coutume est un choix auquel il convient d’accorder une déférence considérable. La Cour devrait accorder une grande importance au fait que la bande et le conseil de village sont à l’heure actuelle en train de modifier, en consultant tous les intéressés, leur processus électoral.

[43] Les défendeurs demandent que la demande de contrôle judiciaire soit rejetée avec dépens.

Les dispositions légales pertinentes

[44] Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*, énonce en partie ce qui suit :

2. (1) [. . .]

« conseil de la bande »

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

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

[45] Les demandeurs soutiennent que, peu importe que le conseil de village agisse conformément à la coutume ou aux termes de la *Loi sur les Indiens*, ses décisions sont en fin de compte prises en vertu des pouvoirs que lui attribue la *Loi sur les Indiens*, et qu’elles sont par conséquent assujetties à la Charte. Je souscris à cette affirmation.

[46] Dans *Corbiere*, la Cour suprême a repris l’analyse prévue par le paragraphe 15(1), telle qu’exposée dans *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi*

and concluded that the exclusion of off-reserve members from voting pursuant to section 77 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14] of the *Indian Act*, infringed the Charter and was not saved by section 1.

[47] In *Law*, the Court set out a three-part inquiry a court is required to make to adjudicate on a claim of a violation of subsection 15(1) of the Charter:

1. Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in a substantively different treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?

2. Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds? and

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

[48] Factor 1

In *Corbiere*, the Court held that [at paragraph 4]:

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

et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497, et a conclu que le fait d'empêcher les membres hors réserve de voter aux termes de l'article 77 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14] de la *Loi sur les Indiens*, constituait une violation de la Charte qui n'était pas légitimée par l'article premier.

[47] Dans *Law*, la Cour suprême décrit l'examen en trois parties que le tribunal doit effectuer pour se prononcer sur une allégation de violation du paragraphe 15(1) de la Charte :

1. La loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?

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

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

[48] Le facteur 1

Dans *Corbiere*, la Cour suprême a déclaré [au paragraphe 4] :

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

I find that the exclusion under the Regulations of off-reserve band members from voting, *prima facie*, also satisfies the requirement in this case.

[49] Factor 2

In *Corbiere*, the Court determined that Aboriginality-residence (off-reserve band member status) constitutes a ground of discrimination analogous to the enumerated grounds. The Court further held that Aboriginality-residence as an analogous ground must always stand as a constant marker of potential legislative discrimination.

[50] Accordingly, as this case also involves the issue of Aboriginality-residence, I find that this element of the *Law* analysis is also applicable and the applicants as off-reserve members are subject to differential treatment based on an analogous ground.

[51] Factor 3

The Court in *Corbiere* then proceeded to address the third step in the *Law*, subsection 15(1) analysis; whether the distinction at issue in this case in fact constitutes discrimination. Or, as the Court stated [at paragraph 16]:

In plain words, does the distinction undermine the presumption upon which the guarantee of equality is based—that each individual is deemed to be of equal worth regardless of the group to which he or she belongs?

[52] The Court answered in the affirmative. The analysis by McLachlin and Bastarache JJ. was articulated as follows [at paragraphs 17-18]:

Applying the applicable *Law* factors to this case—pre-existing disadvantage, correspondence and importance of the affected interest—we conclude that the answer to this question is yes. The impugned distinction perpetuates the historic disadvantage experienced by off-reserve band members by denying them the right to vote and participate in

Je conclus que le fait que le Règlement empêche de voter les membres de la bande vivant hors réserve respecte également, *prima facie*, la condition formulée dans cet arrêt.

[49] Le facteur 2

Dans *Corbiere*, la Cour suprême a jugé que l'autochtonité-lieu de résidence (la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne) est un motif de discrimination analogue aux motifs énumérés. Elle a également déclaré que l'autochtonité-lieu de résidence en tant que motif analogue doit toujours constituer un indicateur permanent de discrimination législative potentielle.

[50] Par conséquent, étant donné que la présente affaire soulève également la question de l'autochtonité-lieu de résidence, je conclus que cet élément de l'analyse prévu par l'arrêt *Law* est également applicable et que les demandeurs, en qualité de membres résidant hors réserve, font l'objet d'une différence de traitement fondée sur un motif analogue.

[51] Le facteur 3

Dans *Corbiere*, la Cour suprême a ensuite effectué la troisième étape de l'analyse nécessitée par le paragraphe 15(1) et exposée dans *Law*, qui consiste à décider si la distinction en cause dans le présent cas constitue, dans les faits, de la discrimination. Ou, comme elle l'a déclaré [au paragraphe 16] :

Autrement dit, la distinction mine-t-elle la présomption sur laquelle est fondée la garantie d'égalité—savoir que tous les individus sont réputés égaux, indépendamment du groupe auquel ils appartiennent?

[52] La Cour suprême a donné à cette question une réponse affirmative. La juge McLachlin et le juge Bastarache ont tenu le raisonnement suivant [aux paragraphes 17 et 18] :

Appliquant les facteurs énoncés dans *Law* qui sont pertinents en l'espèce—la pré-existence d'un désavantage ainsi que la correspondance du droit touché et son importance —, nous concluons que la réponse à cette question est affirmative. La distinction reprochée perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes

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

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

And at page 525:

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

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

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

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

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

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

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

The effect is clear, as is the message: off-reserve band members are not as deserving as those band members who live on reserves. This engages the dignity aspect of the s. 15 analysis and results in the denial of substantive equality.

[53] Madam Justice L'Heureux-Dubé approached the matter slightly differently and stated [at paragraph 95]:

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

[54] The respondents submitted that the two-tiered governance system meets the requirements of providing the off-reserve members with meaningful and significant participation in Band affairs. The hereditary Clan Council is either directly or indirectly (by providing direction to the Village Council), making the substantive decisions on all matters that affect more than just the

vie de leur bande ou à préserver leur identité culturelle, et qu'ils ne sont donc pas des membres de leur bande aussi méritants que les autres. L'effet, comme le message, est clair : les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas aussi méritants que les membres qui vivent dans les réserves. Cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'art. 15 et entraîne le déni du droit à l'égalité réelle.

[53] Madame la juge L'Heureux-Dubé a abordé la question de manière légèrement différente et a déclaré [au paragraphe 95] :

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

[54] Les défendeurs soutiennent que le système de gouvernance à deux paliers répond à la condition qui exige que soit fournie aux membres hors réserve la possibilité de participer concrètement et efficacement aux affaires de la bande. Le conseil de clan héréditaire prend, que ce soit directement ou indirectement (en fournissant des directives au conseil de village), les

on-reserve members of the Gitga'at. While the Village Council is legally recognized by the government, it is, in fact, the Clan Council that is the "directing mind" in significant matters pertaining to the Band membership as a whole.

[55] There is little question as to the importance of the Clan Council to the Gitga'at, and the central role it plays in Gitga'at society. However, the Village Council's participation in matters extending beyond those of a merely local nature is extensive. While the Clan Council might be the "directing mind" when dealing with off-reserve matters, it is the Village Council that has the legal authority to make the decisions that affect the rights of both on-reserve and off-reserve members. Further, while not determinative of this case, as the applicants submitted, there is insufficient evidence before the Court as to the extent of the possible participation for off-reserve Band members in Clan Council matters, or indications of how frequently meetings occur, or whether off-reserve Band members are notified of meetings. It is also unclear as to whose decision would take precedence if the Village Council disagreed with a position taken by the Clan Council.

[56] The applicants in this case are completely excluded from participation in the electoral process as was the case in *Corbiere*. It has not been shown that the exclusion is necessary or even justifiable. In light of the Village Council's authority on matters affecting off-reserve members, I cannot find a justification for granting on-reserve members a right to participate in the electoral process while completely excluding off-reserve members.

[57] The Court in *Corbiere* noted that there might be alternative methods other than a one person, one vote electoral regime to incorporate off-reserve members' participation rights. In my opinion, the two-tiered system in this case does not meet the requirements of a

décisions importantes sur toutes les questions qui ne touchent pas seulement les membres des Gitga'at vivant dans la réserve. Le conseil de village est juridiquement reconnu par le gouvernement mais c'est en fait le conseil de clan qui est « l'esprit directeur » pour les affaires importantes concernant l'ensemble des membres de la bande.

[55] L'importance du rôle que joue le conseil de clan pour les Gitga'at et le rôle central qu'il joue dans la société Gitga'at ne sont pas contestés. Cependant, le conseil de village participe à des discussions qui ne sont pas uniquement de nature locale. Le conseil de clan est peut-être « l'esprit directeur » lorsqu'il s'agit de prendre des décisions relatives aux questions concernant les membres hors réserve, mais c'est le conseil de village qui a le pouvoir légal de prendre les décisions qui touchent les droits des membres qui vivent dans la réserve aussi bien que ceux des membres vivant hors réserve. En outre, je mentionne un aspect qui n'est pas déterminant en l'espèce mais que les demandeurs ont mentionné, à savoir que la Cour ne dispose pas de suffisamment de preuves pour savoir dans quelle mesure les membres de la bande vivant hors réserve peuvent participer aux affaires dont s'occupe le conseil de clan, pour connaître la fréquence des réunions et savoir si les membres de la bande vivant hors réserve sont avisés de ces réunions. Il est également difficile de savoir qui l'emporterait si le conseil de village n'était pas d'accord avec une position adoptée par le conseil de clan.

[56] Les demandeurs en l'espèce sont complètement privés de toute participation au processus électoral, comme c'était le cas dans *Corbiere*. Il n'a pas été établi que cette exclusion est nécessaire, ni même justifiable. Compte tenu du pouvoir qu'exerce le conseil de village dans des domaines touchant les membres vivant hors réserve, je ne peux trouver de justification pour accorder aux membres vivant dans la réserve le droit de participer au processus électoral, tout en en privant complètement les membres hors réserve.

[57] Dans *Corbiere*, la Cour a noté qu'il pourrait exister d'autres méthodes que celle d'un régime électoral donnant le droit de vote à chaque intéressé pour aménager la participation des membres résidant hors réserve. À mon avis, le système à deux paliers en

process which “would respect non-residents’ rights to meaningful and effective participation in the voting regime of the community” as discussed by the Supreme Court in *Corbiere*. On the facts of this case, I find that as in *Corbiere*, without violating subsection 15(1), the voting regime cannot, as it presently does, completely deny non-resident Band members participation in the electoral system of representation.

[58] I therefore find that the Regulations, to the extent they exclude off-reserve members from participating in the Village Council elections, contravene subsection 15(1) of the Charter, and are not demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to section 1 of the Charter.

[59] In my opinion, the appropriate order to grant in this case is to declare invalid the words “resides on Hartley Bay Band Reserve six months prior to election” found in paragraph 2(c)(iv) of the Regulations.

Remedy

[60] With regard to the question of remedy, a new election is scheduled to take place in December of this year. Under the circumstances of this case, it would be damaging to the community for this Court to deem void any decisions made by Council in the last year and a half. Accordingly I will not set aside the 2003 election notwithstanding the Charter breach. The remedy in this case must therefore be forward-looking while protecting the applicants’ Charter rights.

[61] During the course of submissions, the parties referred to a consultative process the Band is currently pursuing with the hope of attaining what counsel for the respondents referred to at the hearing as an “appropriate voting regime that gives an opportunity to off-reserve people to vote for representation or participation on Band Council in a way that has regard for the history and values of the Gitga’at people, and balances the needs and interest of all affected band members.” This

vigueur ici ne répond pas aux exigences d’un processus qui « respecterait le droit des non-résidents de participer concrètement et efficacement au régime électoral de la communauté », comme le déclarait la Cour suprême dans *Corbiere*. D’après les faits de l’espèce, je conclus que, comme dans l’arrêt *Corbiere*, le régime électoral ne peut, comme il le fait actuellement, priver complètement les membres de la bande non-résidents de toute participation au système électoral de représentation sans violer le paragraphe 15(1).

[58] Je conclus par conséquent que le Règlement, dans la mesure où il prive les membres résidant hors réserve de toute participation aux élections des membres du conseil de village, contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte et ne constitue pas une limite dont la justification puisse se démontrer, parce que raisonnable, conformément à l’article premier de la Charte.

[59] À mon avis, l’ordonnance qu’il convient de prononcer en l’espèce consiste à déclarer invalides les mots [TRADUCTION] « Réside dans la réserve de la bande Hartley Bay depuis au moins six mois au moment des élections » que l’on trouve au sous-alinéa 2c)(iv) du Règlement.

La réparation

[60] Pour ce qui est de la réparation, il convient de mentionner que de nouvelles élections doivent avoir lieu en décembre de cette année. Dans les circonstances de l’espèce, l’annulation par la Cour des décisions prises par le conseil au cours des derniers 18 mois risquerait de causer un préjudice à la collectivité. Par conséquent, je ne vais pas annuler les élections de 2003 malgré la violation de la Charte. La réparation accordée en l’espèce doit donc viser l’avenir, tout en protégeant les droits que la Charte garantit aux demandeurs.

[61] Au cours des débats, les parties ont fait référence au processus de consultation qu’a lancé la bande dans l’espoir d’élaborer ce que l’avocat des défendeurs a qualifié à l’audience de [TRADUCTION] « régime électoral approprié qui accorde aux non-résidents la possibilité de voter en vue d’élire ou de se faire élire comme membre du conseil de la bande, selon un mécanisme qui tient compte de l’histoire et des valeurs du peuple Gitga’at et concilie les besoins et les intérêts

is a process which is intended to be completed before the next scheduled election in December. Both parties expressed their willingness to work together towards that goal. In my opinion, it is in every instance preferable, and important, for the parties to reach a mutually acceptable solution between themselves whenever possible.

[62] The respondents requested that if I find the Regulations contravene section 15, that the declaration of invalidity be suspended until nine months after the date of the hearing of the judicial review (to approximately the end of November 2005), to allow the consultative process to continue for the full estimated amount of time required for completion.

[63] As the next election is scheduled for the month of December 2005, I will instead suspend the implementation of the declaration of invalidity until Tuesday, November 1, 2005 which is only one month shorter than the respondents requested. This will allow the consultative process within the Gitga'at community to continue to completion or as close to completion as possible, while protecting the applicants' right to participate in the next election if they so choose. If the process does not result in an agreement by that date, the additional month will provide time to deal with any required administrative matters such as the sending of any notices or information packages to off-reserve members prior to the election.

[64] In light of the findings on Issue 1, it is not necessary to deal with the applicants' second issue.

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

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

[67] At the hearing, counsel for the applicants requested that David Robinson and Eva Robinson be deleted as applicants. Counsel for the respondents agreed. Accordingly, these two persons are removed as applicants.

de tous les membres de la bande concernés ». C'est un processus qui devrait être achevé avant les prochaines élections prévues pour décembre. Les deux parties ont exprimé la volonté de collaborer à la réalisation de cet objectif. À mon avis, il est toujours préférable, et important, que les parties puissent en arriver à une solution mutuellement acceptable, chaque fois que cela est possible.

[62] Les défendeurs ont demandé que, dans le cas où je jugerais que le Règlement contrevient à l'article 15, la déclaration d'invalidité soit suspendue pendant neuf mois, après la date de l'audience relative à la demande de contrôle judiciaire (jusqu'à la fin du mois de novembre 2005 environ), de façon à permettre la poursuite et l'achèvement du processus de consultation.

[63] Étant donné que la prochaine élection est prévue pour le mois de décembre 2005, je vais plutôt suspendre la mise en œuvre de la déclaration d'invalidité jusqu'au mardi 1^{er} novembre 2005, ce qui ne raccourcit que d'un mois le délai sollicité par les défendeurs. Cela permettra au processus de consultation au sein de la collectivité Gitga'at de se poursuivre jusqu'à son terme ou du moins jusqu'à ce qu'il en soit très proche, tout en protégeant le droit des demandeurs de participer à la prochaine élection s'ils le désirent. Si le processus ne débouche pas sur un accord à cette date-là, le mois supplémentaire permettra de régler avant les élections les éventuelles questions administratives qui se poseraient, comme l'envoi des avis ou de trousseaux d'information aux membres résidant hors réserve.

[64] Compte tenu de mes conclusions sur la question 1, il n'est pas nécessaire d'examiner la deuxième soulevée par les demandeurs.

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

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

[67] À l'audience, l'avocat des demandeurs a demandé que David Robinson et Eva Robinson soient supprimés de la liste des demandeurs. Les avocats des défendeurs ont exprimé leur accord. Par conséquent, ces deux personnes seront rayées de la liste des demandeurs.

ORDER

[68] IT IS ORDERED that:

1. The application for judicial review is allowed.
2. The words “Resides on Hartley Bay Band Reserve six months prior to the election” found in paragraph 2(c)(iv) of the Regulations are declared invalid.
3. The declaration of invalidity is suspended until Tuesday, November 1, 2005.
4. The December 2003 election will not be set aside.
5. David Robinson and Eva Robinson are removed as applicants.
6. The applicants shall have their costs of the application.

ORDONNANCE

[68] LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. Les mots [TRADUCTION] « Réside dans la réserve de la bande de Hartley Bay depuis au moins six mois au moment des élections » que l’on trouve au sous-alinéa 2c(iv) du Règlement sont déclarés invalides.
3. La déclaration d’invalidité est suspendue jusqu’au mardi 1^{er} novembre 2005.
4. Les élections de décembre 2003 ne seront pas annulées.
5. David Robinson et Eva Robinson sont rayés de la liste des demandeurs.
6. Les demandeurs ont droit à leurs dépens pour la demande.