

T-1804-97

T-1804-97

Mary Vicky Scrimbitt (*Applicant*)Mary Vicky Scrimbitt (*demanderesse*)

v.

c.

Sakimay Indian Band Council (*Respondent*)Le Conseil de la bande indienne de Sakimay
(*défendeur*)**INDEXED AS: SCRIBITT v. SAKIMAY INDIAN BAND COUNCIL (T.D.)****RÉPERTORIÉ: SCRIBITT c. CONSEIL DE LA BANDE INDIENNE DE SAKIMAY (1^{re} INST.)**

Trial Division, MacKay J.—Edmonton, February 16 and 17; Ottawa, October 19, 1999.

Section de première instance, juge MacKay—Edmonton, 16 et 17 février; Ottawa, 19 octobre 1999.

Native peoples — Elections — Band Council refused to allow Indian applicant to vote at Band Council elections on ground had married non-Indian and lost legal status as registered Indian — Band control over membership not permitting Band to disregard Bill C-31 which entitled her to reinstatement of registration and to vote at Band Council elections — Band Council's refusal violating Indian Act and Sakimay Band Membership Code, but not violating any fiduciary duty — Also violation of Charter, s. 15 equality rights and not demonstrably justified under Charter, s. 1 — Applicant's right to vote not subject to any conflicting Aboriginal rights (such as control over band membership) under Constitution Act, 1982, s. 35(1) as such conflicting rights not established on evidence adduced.

Peuples autochtones — Élections — Le conseil de bande a refusé d'autoriser la demanderesse indienne à voter aux élections du conseil de bande au motif qu'elle avait épousé un non-Indien et qu'elle avait perdu son statut légal d'Indienne inscrite — La responsabilité que la bande exerce sur l'appartenance à ses effectifs ne lui permet pas d'ignorer le projet de loi C-31 qui donnait à la demanderesse le droit au rétablissement de son inscription et le droit de voter aux élections du conseil de bande — Le refus du conseil de bande contrevient à la Loi sur les Indiens et au code d'appartenance à la bande de Sakimay, mais il ne constitue pas un manquement à une obligation de fiduciaire — Il y a également contravention aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte dont la justification ne peut être démontrée en vertu de l'art. premier de la Charte — Le droit de vote de la demanderesse n'est pas assujéti à des droits ancestraux incompatibles (comme la responsabilité qu'exerce la bande sur l'appartenance à ses effectifs) en vertu de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 étant donné que ces droits incompatibles n'ont pas été établis d'après la preuve produite.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Band Council refused to allow Indian to vote at Band Council elections on ground had married non-Indian and lost legal status as registered Indian — Band's anti-Bill C-31 policy reflecting that of other Saskatchewan First Nations — Band control over membership not entitling Band to disregard Bill C-31 which entitled her to reinstatement of registration and to vote at Band Council elections — Refusal violating Charter, s. 15 equality rights and not demonstrably justified under Charter, s. 1 — Discrimination based on gender, marital status.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le conseil de bande a refusé d'autoriser une Indienne à voter aux élections du conseil de bande au motif qu'elle avait épousé un non-Indien et qu'elle avait perdu son statut légal d'Indienne inscrite — La politique de la bande s'opposant au projet de loi C-31 reflète la politique d'autres Premières Nations de la Saskatchewan — La responsabilité que la bande exerce sur l'appartenance à ses effectifs ne lui donne pas le droit d'ignorer le projet de loi C-31 qui donnait à la demanderesse le droit au rétablissement de son inscription et le droit de voter aux élections du conseil de bande — Le refus contrevient aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte et la justification de cette contravention ne peut être démontrée aux termes de l'art. premier de la Charte — La discrimination est fondée sur le sexe et l'état matrimonial.

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Band Council refused to allow Indian to

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le conseil de bande a refusé d'autoriser une

vote at Band Council elections on ground had married non-Indian and lost legal status as registered Indian — Band control over membership not permitting Band to disregard Bill C-31 which entitled her to reinstatement of registration and to vote at Band Council elections — Although evolving case law suggesting tendency to interpret liberty interest protected by Charter, s. 7 as broader than freedom from physical restraint, no precedent as yet for finding s. 7 protecting applicant's right to vote.

Constitutional law — Aboriginal and Treaty Rights — Band Council refused to allow Indian to vote at Band Council elections on ground had married non-Indian and lost legal status as registered Indian — Band control over membership not permitting Band to disregard Bill C-31 which entitled her to reinstatement of registration and to vote at Band Council elections — Applicant's right to vote not subject to any conflicting Aboriginal rights (such as control over band membership) under Constitution Act, 1982, s. 35(1) as such conflicting rights not established by evidence adduced and as argument herein limited in regard to relationship of Charter, ss. 25, 28 and Constitution Act, 1982, s. 35.

The applicant was born a member of the Sakimay Indian Band and was registered as an Indian under the *Indian Act*. In 1971, she married a non-status Indian and, as a result, lost her legal status as a registered Indian and as a Sakimay Band member pursuant to the Act as it then was. The 1985 amendment to the *Indian Act* (Bill C-31) provided for the reinstatement of the registration of Indians who had been excluded by reason of their marriage to non-Indians. It also, in effect, gave Indian bands control over their membership, subject to conformity with the *Indian Act* and departmental approval of the Band Membership Code. In 1985, the applicant applied for, and obtained, reinstatement of her registration as an Indian. She was informed by the Department of Indian Affairs and Northern Development that she was also registered as a member of the Sakimay Band and that it had notified the Band that the Department had entered her name in the Indian Register and on the Band List. However, the Band Council removed the applicant's name from the Band List at some unspecified time after 1987 when it assumed control over membership. In 1997, the Band refused to allow the applicant to vote at Band Council elections pursuant to its policy, based on traditional Sakimay custom and practice, of opposition to Bill C-31 and of not allowing Bill C-31 status Indians to

Indienne à voter aux élections du conseil de bande au motif qu'elle avait épousé un non-Indien et qu'elle avait perdu son statut légal d'Indienne inscrite — La responsabilité que la bande exerce sur l'appartenance à ses effectifs ne lui permet pas d'ignorer le projet de loi C-31 qui donnait à la demanderesse le droit au rétablissement de son inscription et le droit de voter aux élections du conseil de bande — Bien que l'évolution de la jurisprudence laisse supposer une tendance à interpréter le droit à la liberté protégé par l'art. 7 comme étant plus large que le droit d'être protégé contre les restrictions physiques, il n'y a pas encore de précédent qui permette de conclure que l'art. 7 protégeait le droit de vote de la demanderesse.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux et issus de traités — Le conseil de bande a refusé d'autoriser une Indienne à voter aux élections du conseil de bande au motif qu'elle avait épousé à un non-Indien et qu'elle avait perdu son statut légal d'Indienne inscrite — La responsabilité que la bande exerce sur l'appartenance à ses effectifs ne l'autorise pas à ignorer le projet de loi C-31 qui donnait à la demanderesse le droit au rétablissement de son inscription et le droit de voter aux élections du conseil de bande — Le droit de vote de la demanderesse n'est pas assujéti à des droits ancestraux incompatibles (comme la responsabilité concernant l'appartenance aux effectifs de la bande) en vertu de l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982, étant donné que ces droits incompatibles n'ont pas été établis par la preuve produite et que l'argumentation en l'espèce a été limitée au lien qui existe entre les art. 25 et 28 de la Charte et l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

À sa naissance, la demanderesse était membre de la bande indienne de Sakimay et elle a été inscrite comme Indienne en vertu de la *Loi sur les Indiens*. En 1971, elle a épousé un Indien non inscrit et, par conséquent, elle a perdu son statut légal d'Indienne inscrite et de membre de la bande de Sakimay aux termes de la loi qui était alors en vigueur. Des modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens* (projet de loi C-31) prévoyaient le rétablissement de l'inscription des Indiens qui avaient été exclus du fait de leur mariage à des non-Indiens. En fait, la loi permettait aussi aux bandes indiennes de régir l'appartenance à leurs effectifs, sous réserve que les règles fixées soient conformes à la *Loi sur les Indiens* et à l'approbation par le Ministère du code d'appartenance à la bande. En 1985, la demanderesse a demandé et obtenu le rétablissement de son inscription comme Indienne. Elle a également été informée par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien qu'elle était aussi inscrite comme membre de la bande de Sakimay et que le Ministère avait avisé la bande qu'il avait inscrit le nom de la demanderesse au registre des Indiens et sur la liste de bande de Sakimay. Toutefois, le conseil de bande a retranché le nom de la demanderesse de la liste de bande à un moment non précisé après que Sakimay eut accepté la responsabilité de régir l'appartenance à ses

vote. This was an application for judicial review of that decision. The following issues were raised. (1) Was the refusal contrary to the *Indian Act* and/or the Sakimay Band Membership Code? (2) Had the Band Council violated a fiduciary duty owed by it to the applicant? (3) Was the refusal a violation of the applicant's Charter, sections 7 and 15 rights which was not justified under section 1 of the Charter? (4) Could the Band Council rely on section 35 of the *Constitution Act, 1982* to justify its refusal? (5) Did section 25 of the Charter shield the Band Council's actions from Charter scrutiny?

Held, the application should be allowed.

The Indian Act and the Sakimay Band Membership Code

While denial of the applicant's right to vote was at issue herein, a secondary issue, upon which that right depended, was her membership in the Sakimay Band. Although the Band had controlled its membership according to Band custom since 1987, this was pursuant and subject to the *Indian Act*. Pursuant to the *Indian Act*, the applicant was a member of the Sakimay Band at the time she was refused the right to vote. Moreover, she was a member according to the Sakimay Band Membership Code. Removal of her name from the Band List constituted a violation of the *Indian Act*. And the denial of the applicant's right to vote in 1997 violated section 77 of the *Indian Act*. The Band Council therefore violated its own membership code and the *Indian Act* under which that Code was authorized by denying the applicant the right to vote on the basis that membership in the Band, to which she was entitled under the Band's own Code, and under the Act, was denied to her.

Fiduciary Duty

Fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which require the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship: *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335. In this case, any duty upon the Band Council in regard to administering the Band List derived from the *Indian Act* and the Sakimay Band Membership Code adopted in accordance with the Act. That was a public law

effectifs. En 1997, la bande a refusé d'autoriser la demanderesse à voter aux élections du conseil de bande conformément à sa politique, fondée sur la coutume et la tradition Sakimay, de s'opposer au projet de loi C-31 et de ne pas autoriser les Indiens inscrits visés par le projet de loi C-31 à voter. Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision. Les questions suivantes ont été soulevées: 1) Le refus du conseil de bande est-il contraire à la *Loi sur les Indiens* ou au code d'appartenance à la bande de Sakimay ou à l'une et à l'autre? 2) Le conseil de bande a-t-il enfreint une obligation de fiduciaire qu'il a à l'égard de la demanderesse? 3) Le refus a-t-il porté atteinte aux droits de la demanderesse protégés par les articles 7 et 15 de la Charte d'une manière non justifiée par l'article premier de la Charte? 4) Le conseil de bande peut-il s'appuyer sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour justifier son refus? 5) L'article 25 de la Charte protège-t-il les actes posés par le conseil de bande d'un examen fondé sur la Charte?

Jugement: la demande doit être accueillie.

La Loi sur les Indiens et le code d'appartenance à la bande de Sakimay

Bien que ce soit le refus de son droit de vote qui soit contesté dans la présente demande de contrôle judiciaire, l'appartenance de la demanderesse à la bande de Sakimay est une question accessoire déterminante pour l'exercice de ce droit de vote. Même si la bande régissait l'appartenance à ses effectifs conformément à sa coutume depuis 1987, elle devait le faire conformément à la *Loi sur les Indiens*. Aux termes de la *Loi sur les Indiens*, la demanderesse était membre de la bande de Sakimay au moment où on lui a refusé le droit de voter. Qui plus est, elle en était membre conformément au code d'appartenance à la bande de Sakimay. Le retranchement de son nom de la liste de bande constitue une contravention à la *Loi sur les Indiens*. Et le refus de son droit de vote en 1997 enfreint l'article 77 de la *Loi sur les Indiens*. Le conseil de bande a donc contrevenu à son propre code d'appartenance et à la *Loi sur les Indiens*, qui en permettait l'adoption, en refusant à la demanderesse le droit de voter au motif que le statut de membre de la bande, auquel elle avait droit en vertu du propre code de la bande et en vertu de la Loi, lui a été refusé.

L'obligation de fiduciaire

De façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquittement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire: *Guerin et autres c. La Reine et autre.*, [1984] 2 R.C.S. 335. En l'espèce, toute obligation qui incombe au conseil de bande concernant la tenue de la liste de bande découle de la *Loi sur les Indiens* et du code d'appartenance

duty arising under the Act, not a fiduciary duty. Therefore, Council's action, in precluding the applicant from voting, did not breach any fiduciary duty owed to the applicant.

Alleged Charter Breaches

Section 15

By refusing to allow the applicant to vote, the respondent violated her right to equality and to equal protection and equal benefit of the law assured by section 15 of the Charter. The basis of the differential treatment in light of section 15 arose from comparison of Council's treatment of the applicant as a Bill C-31 member with its treatment of other Band members in similar circumstances except that they were accepted as members otherwise than by virtue of Bill C-31. That difference was said to be based upon the Band's Bill C-31 policy, reflecting the policy position of other First Nations in Saskatchewan. The difference was also said to be based on Sakimay custom, a custom that was said to have withdrawn membership and voting rights from women who married persons other than Band members. Either of these explanations for precluding the applicant from voting resulted in differential treatment within section 15 of the Charter. Moreover, in either case that treatment was based on gender, marital status or her Bill C-31 status.

That group of women and their children, now within the class of Bill C-31 persons, were historically disadvantaged by reason of the former paragraph 12(1)(b), a circumstance that Bill C-31 was in part designed to redress. That Bill was intended to remedy long-standing discriminatory treatment of Aboriginal women who married non-status Indians. Respondent's Bill C-31 policy reinstated that treatment and thwarted Parliament's effort to remedy it.

The refusal of the right to vote as applied by respondent in order to give effect to its Bill C-31 policy or to its claimed custom, discriminated against the applicant and was based on sex and marital status, immutable characteristics, her gender and her prior marital status. The refusal contravened section 15 of the Charter.

à la bande de Sakimay adopté conformément à la Loi. Il s'agit d'une obligation de droit public découlant de la Loi et non pas d'une obligation de fiduciaire. Par conséquent, la mesure prise par le conseil, qui a refusé à la demanderesse le droit de voter, n'a pas enfreint l'obligation de fiduciaire envers la demanderesse.

Les allégations de contravention à la Charte

Article 15

En refusant à la demanderesse le droit de voter, le défendeur a porté atteinte à son droit à l'égalité et à la même protection et au même bénéfice de la loi qui lui est garanti par l'article 15 de la Charte. À la lumière de l'article 15, le fondement de la différence de traitement découle de la comparaison entre le traitement que le conseil a réservé à la demanderesse en tant que membre de la bande visée par le projet de loi C-31 et la manière dont il a traité d'autres membres de la bande se trouvant dans une situation similaire, si ce n'est qu'ils étaient acceptés comme membres autrement qu'en vertu du projet de loi C-31. On prétend que cette différence serait fondée sur la politique de la bande relative au projet de loi C-31, qui refléterait la position de principe des autres Premières Nations de la Saskatchewan. On prétend également que cette différence est fondée sur la coutume Sakimay, une coutume qui aurait privé les femmes qui ont épousé des hommes autres que des membres de la bande de leur droit d'appartenir à la bande et de leur droit de vote. Ces explications invoquées pour empêcher la demanderesse de voter ont entraîné une différence de traitement au sens de l'article 5 de la Charte. Qui plus est, dans l'un ou l'autre cas, cette différence de traitement est fondée sur le sexe, l'état matrimonial ou le statut de la demanderesse relatif au projet de loi C-31.

Ce groupe de femmes et d'enfants, qui font maintenant partie de la catégorie des personnes visées par le projet de loi C-31, ont été historiquement défavorisés du fait de l'application de l'ancien alinéa 12(1)(b), une situation que le projet de loi C-31 visait en partie à corriger. Ce projet de loi avait pour but de remédier à un traitement discriminatoire réservé de longue date aux femmes autochtones qui épousaient des Indiens non inscrits. La politique du défendeur relative au projet de loi C-31 rétablit ce traitement et fait échec aux efforts du législateur pour remédier à la discrimination.

Le refus du droit de vote, tel qu'il a été appliqué par le défendeur, en vue de donner effet à sa politique relative au projet de loi C-31 ou à sa prétendue coutume, constituait de la discrimination contre la demanderesse qui était fondée sur le sexe et l'état matrimonial de celle-ci, donc sur des caractéristiques immuables, soit son sexe et son état matrimonial antérieur. Ce refus contrevient à l'article 15 de la Charte.

Section 7

There was no infringement of section 7 of the Charter. While evolving case law suggested a tendency to interpret the liberty interest protected by section 7 as broader than freedom from physical restraint, there was as yet no precedent for finding that section 7 protected the applicant's right to vote.

Section 1

The violation alleged was not consistent with "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". In the case at bar, neither the *Indian Act* nor the Sakimay Band Membership Code adopted under the Act incorporated the Band's Bill C-31 policy, and that policy, and the action in this case based upon it, were not prescribed by law in the sense defined by Le Dain J. in *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613. Whether the basis for it was, as claimed, the Band's policy, the Band custom or the Band Council's economic concerns, it was not an infringement permitted by section 1 of the Charter.

Aboriginal rights—subsection 35(1) of the Constitution Act, 1982, sections 25 and 28 of the Charter

The right primarily here in issue was not the right to membership. Her status as a Band member was settled by Bill C-31 and by her subsequent application to DIAND and the Department's restoration of her status. No evidence of custom was before the Court whereby the Band might deny voting in Band Council elections by Band members living on the reserve. No Aboriginal right was here established to deny the right to vote by a Band member. Interpretation of sections 25, 28 and subsection 35(1) in light of their interrelationship was left to be determined in a case that clearly raises the issue.

The claim for *certiorari* quashing the decision to deny applicant's right to vote should be dismissed, since the issue was moot in that the relief sought could not at this stage provide any redress.

An order should go declaring that denial of the applicant's rights as a member of the Sakimay Band, in particular the right to vote in the Band Council elections in 1997, because of her standing as a Bill C-31 member of the Band, was contrary to section 77 of the *Indian Act*, and to the Sakimay Band Membership Code adopted under the Act, and it infringed on her rights secured by subsection 15(1) of the Charter, which infringement was not saved by section 1 and

L'article 7

Il n'y a pas eu contravention à l'article 7 de la Charte. Bien que l'évolution de la jurisprudence laisse supposer une tendance à interpréter le droit à la liberté protégé par l'article 7 comme étant plus large que le droit d'être protégé contre les restrictions physiques, il n'y a pas encore de précédent qui permette de conclure que l'article 7 protégeait le droit de vote de la demanderesse.

L'article premier

La contravention alléguée ne se situe pas dans des «limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». En l'espèce, ni la *Loi sur les Indiens* ni le code d'appartenance à la bande de Sakimay adopté en vertu de la Loi n'incorporent la politique de la bande relative au projet de loi C-31, et cette politique, de même que les mesures qui se fondent sur elle, ne sont pas prescrites par une règle de droit au sens défini par le juge Le Dain dans l'arrêt *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613. Que le fondement de cette limite soit, comme le défendeur le prétend, la politique de la bande, la coutume de la bande ou les préoccupations économiques du conseil de bande, celle-ci n'est pas autorisée par l'article premier de la Charte.

Les droits ancestraux protégés par le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et les articles 25 et 28 de la Charte

Le droit principalement contesté en l'espèce n'est pas le droit de la demanderesse d'appartenir à la bande. Son statut de membre de la bande a été réglé par le projet de loi C-31, sa demande subséquente au MAINC et le rétablissement de son statut par le Ministère. La Cour n'était saisie d'aucune preuve d'une coutume par laquelle la bande pourrait refuser le droit de voter aux élections du conseil de bande aux membres de la bande qui vivent dans la réserve. On n'a pas établi en l'espèce un droit ancestral de refuser le droit de vote à un membre de la bande. L'interprétation des articles 25 et 28 et du paragraphe 35(1) à la lumière de leur interrelation pourra être déterminée dans une affaire où ce point sera clairement invoqué.

La demande de *certiorari* pour faire annuler la décision de refuser à la demanderesse le droit de voter est rejetée, parce que la question est théorique puisque la réparation demandée ne pourrait à l'heure actuelle changer la situation.

La Cour rend une ordonnance qui déclare que la négation des droits de la demanderesse comme membre de la bande de Sakimay, en particulier le droit de voter aux élections du conseil de bande de 1997, en raison de son statut de membre visé par le projet de loi C-31, est contraire à l'article 77 de la *Loi sur les Indiens* et au code d'appartenance de la bande de Sakimay adopté en vertu de la Loi, et porte atteinte à ses droits garantis par le

which rights were not affected by any claim raised under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

If the applicant's name was not now on the Band List, the Band was directed to add her name to the List to be effective from the date the Band assumed responsibility for its own membership and the List of its members.

So long as the applicant continues as a member of the Band, she is entitled under section 77 of the *Indian Act* to vote in future elections.

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, 7, 15, 25, 28.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18(1) (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Tariff B, Columns IV, V.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(b).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "member of a band", 5 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 6(1)(c) (as am. *idem*), 10 (as am. *idem*), 11(1)(c) (as am. *idem*), 77 (as am. *idem*, s. 14).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Erminskin v. Ermineskin Indian Band Council* (1995), 96 F.T.R. 181 (F.C.T.D.); *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); *Omeasoo v. Canada (Min. of Indian Affairs and Nor. Dev.) and Buffalo et al.*, [1989] 1 C.N.L.R. 110; (1988), 24 F.T.R. 130 (F.C.T.D.); *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48; [1999] 2 C.N.L.R. 60; (1998), 156

paragraphe 15(1) de la Charte dont la contravention n'est pas justifiée par l'article premier et qui ne sont pas touchés par une prétention fondée sur le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Si le nom de la demanderesse ne figure pas à l'heure actuelle sur la liste de bande, la Cour ordonne à la bande d'inscrire son nom sur la liste et que cette mesure prenne effet à compter de la date à laquelle la bande a assumé la responsabilité de fixer les règles d'appartenance à ses effectifs et de tenir la liste de ceux-ci.

Tant et aussi longtemps que la demanderesse continuera d'être membre de la bande, elle aura le droit en vertu de l'article 77 de la *Loi sur les Indiens* de voter aux élections à venir.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15, 25, 28.
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. 35.
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1985, ch. 27.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18(1) (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «membre d'une bande», 5 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4), 6(1)c) (mod., *idem*), 10 (mod., *idem*), 11(1)c) (mod., *idem*), 77 (mod., *idem*, art. 14).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 12(1)b).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif B, colonnes IV, V.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Erminskin c. Conseil de la bande indienne d'Ermineskin* (1995), 96 F.T.R. 181 (C.F. 1^{re} inst.); *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); *Omeasoo c. Canada (Min. des Affaires indiennes et du Nord canadien) et Buffalo et al.*, [1989] 1 C.N.L.R. 110; (1988), 24 F.T.R. 130 (C.F. 1^{re} inst.); *Guerin et autres. c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Première Nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F.

F.T.R. 1 (T.D.); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 236 N.R. 1; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)* (1999), 175 D.L.R. (4th) 193; 124 B.C.A.C. 1; 135 C.C.C. (3d) 129; 25 C.R. (5th) 1; 241 N.R. 1 (S.C.C.); *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. v. Therens et al.*, [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122 (Le Dain J. on Charter, s. 1); *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; (1988), 40 C.C.C. (3d) 411; 63 C.R. (3d) 1; 32 C.P.R. 257; 4 M.V.R. (2d) 185; 84 N.R. 347; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241 (McLachlin and L'Heureux-Dubé JJ. adopting and applying Le Dain J.'s test for "prescribed by law" in *Therens*).

DISTINGUISHED:

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 (S.C.C.); *varg sub nom. Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689; (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; [1997] 3 C.N.L.R. 21; 206 N.R. 85 (C.A.); *Keramchemie GmbH v. Keramchemie (Canada) Ltd.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 223 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Frank v. Bottle, [1994] 2 C.N.L.R. 45; (1993), 65 F.T.R. 89 (F.C.T.D.); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; (1994), 122 D.L.R. (4th) 1; 26 C.R.R. (2d) 202; 176 N.R. 161; 78 O.A.C. 1; 9 R.F.L. (4th) 157; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; (1997), 152 D.L.R. (4th) 577; 43 M.P.L.R. (2d) 1; 219 N.R. 1; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203 (S.C.C.); *Crow v. Blood Indian Band Council*, [1997] 3 C.N.L.R. 76; (1996), 107 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R.

48; [1999] 2 C.N.L.R. 60; (1998), 156 F.T.R. 1 (T.D.); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 236 N.R. 1; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)* (1999), 175 D.L.R. (4th) 193; 124 B.C.A.C. 1; 135 C.C.C. (3d) 129; 25 C.R. (5th) 1; 241 N.R. 1 (C.S.C.); *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. c. Therens et autres*, [1985] 1 R.C.S. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 13 C.P.R. 193; 45 C.R. (3d) 57; 32 M.V.R. 153; 59 N.R. 122 (le juge Le Dain au sujet de l'article premier de la Charte); *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; (1988), 40 C.C.C. (3d) 411; 63 C.R. (3d) 1; 32 C.P.R. 257; 4 M.V.R. (2d) 185; 84 N.R. 347; *Comité pour la république du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; 4 C.R.R. (2d) 60; 120 N.R. 241 (les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé adoptant et appliquant les critères du juge Le Dain pour la «règle de droit prescrite par la loi» dans l'arrêt *Therens*).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1 (C.S.C.); *mod. sub nom. Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689; (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; [1997] 3 C.N.L.R. 21; 206 N.R. 85 (C.A.); *Keramchemie GmbH c. Keramchemie (Canada) Ltd.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 223 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Frank c. Bottle, [1994] 2 C.N.L.R. 45; (1993), 65 F.T.R. 89 (C.F. 1^{re} inst.); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 109 N.R. 81; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; (1994), 122 D.L.R. (4th) 1; 26 C.R.R. (2d) 202; 176 N.R. 161; 78 O.A.C. 1; 9 R.F.L. (4th) 157; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; (1997), 152 D.L.R. (4th) 577; 43 M.P.L.R. (2d) 1; 219 N.R. 1; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203 (C.S.C.); *Crow c. Conseil de la bande indienne Blood*, [1997] 3 C.N.L.R. 76; (1996), 107 F.T.R. 270 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1;

(4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

[1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

REFERRED TO:

Scrimbitt v. Canada, [1998] F.C.J. No. 1786 (T.D.) (QL).

DÉCISION CITÉE:

Scrimbitt c. Canada, [1998] F.C.J. n° 1786 (1^{re} inst.) (QL).

APPLICATION for judicial review of the refusal, by the respondent Sakimay Indian Band Council, to allow the applicant to vote in Band Council elections. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire concernant le refus par le conseil de la bande indienne de Sakimay, défendeur, d'autoriser la demanderesse à voter aux élections du conseil de bande. Demande accueillie.

APPEARANCES:

R. Dale Gibson and *Janet L. Hutchison* for applicant.
Gordon R. McKenzie for respondent.

ONT COMPARU:

R. Dale Gibson et *Janet L. Hutchison*, pour la demanderesse.
Gordon R. McKenzie, par le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Gibson, Dale Associates, Edmonton and *Chamberlain Hutchison*, Edmonton, applicant.
Bishop & McKenzie, Edmonton, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gibson, Dale Associates, Edmonton et *Chamberlain Hutchison*, Edmonton, pour la demanderesse.
Bishop & McKenzie, Edmonton, pour le défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] MACKAY J.: The applicant seeks judicial review of a decision of the respondent Sakimay Indian Band Council (Sakimay). In 1997, Sakimay refused to allow the applicant to vote in Band Council elections. The applicant claims that Sakimay's decision violated her rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹ (the Charter), the *Indian Act*² (the Act) and the Sakimay Band Membership Code. Moreover it is urged that it violated Sakimay's fiduciary duties.

[1] LE JUGE MACKAY: La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire d'une décision du conseil de la bande indienne de Sakimay, défendeur (Sakimay). En 1997, Sakimay a refusé à la demanderesse le droit de voter aux élections du conseil de bande. La demanderesse prétend que la décision de Sakimay porte atteinte à ses droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ (la Charte), la *Loi sur les Indiens*² (la Loi) et le code d'appartenance à la bande de Sakimay. En outre, elle prétend que ce refus contrevient aux obligations de fiduciaire de Sakimay.

[2] The applicant seeks an order of *certiorari* to quash the 1997 decision that denied her right to vote. She also seeks a declaration that the policy, upon which the decision was allegedly based, violates sections 7 and 15 of the Charter, the *Indian Act* and Sakimay's fiduciary duties, and she seeks an order

[2] La demanderesse sollicite une ordonnance de *certiorari* annulant la décision de 1997 qui lui refusait le droit de voter. Elle demande également une déclaration attestant que la politique sur laquelle la décision serait fondée contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte, à la *Loi sur les Indiens* et aux obligations de

compelling the respondent to place the applicant's name on the Band's list, and upon the Band's voters' list for the 1999 and all future Band council elections. The last of these forms of relief, so far as the 1999 election is concerned, has been overtaken by events for I understand that election took place while this matter was under reserve. I regret delay in rendering this decision.

[3] These reasons, which grant Ms. Scrimbitt's application in part, begin by recounting the background, and the decision under review, that led to these proceedings. The principal issues are set out and dealt with in turn, including alleged violations of the *Indian Act*, of the Sakimay Band Membership Code, of the Band's perceived fiduciary duties, and of rights of the applicant under the Charter. Finally, appropriate remedies are discussed, including costs, in light of the submissions of the parties made at the hearing of this matter.

[4] The application was heard in Edmonton in February 1999 and subsequently counsel for the parties, at the Court's invitation, made further written submissions in relation to decisions of the Supreme Court of Canada, rendered in March and in May, respectively, in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*³ and in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*.⁴

Background

[5] The applicant was born Mary Vicky Acoose, as a member of the Sakimay Indian Band, and she was registered as an Indian under the Act as set out by the form entitled "Registration of a Live Birth of an Indian" that was completed in respect of her birth. In 1971 the applicant married a non-status Indian and, as a result, she lost her legal status as a registered Indian and as a Sakimay Band member pursuant to paragraph 12(1)(b) of the Act which then provided:⁵

fiduciaire de Sakimay, et elle demande une ordonnance obligeant le défendeur à inscrire son nom sur la liste de bande, ainsi que sur la liste des électeurs de la bande pour les élections du conseil de bande de 1999 et des années à venir. La dernière de ces formes de réparation, pour ce qui a trait à l'élection de 1999, n'a plus de raison d'être étant donné que, si je comprends bien, l'élection a eu lieu avant le prononcé de la décision dans la présente affaire. Je regrette d'avoir été long à rendre décision.

[3] Les présents motifs, par lesquels la demande de M^{me} Scrimbitt est accueillie en partie, commencent par replacer dans leur contexte les faits et la décision qui fait l'objet du présent contrôle. Les questions principales sont énoncées et traitées à tour de rôle, notamment les allégations de violations de la *Loi sur les Indiens*, du code d'appartenance à la bande de Sakimay, des obligations de fiduciaires de la bande, et des droits de la demanderesse protégés par la Charte. Finalement, les réparations appropriées sont analysées, notamment les dépens, à la lumière des observations des parties qui ont été fournies lors de l'audition de la présente affaire.

[4] La demande a été entendue à Edmonton en février 1999 et, par la suite, les avocats des parties, à l'invitation de la Cour, ont soumis d'autres observations écrites ayant trait aux arrêts de la Cour suprême du Canada, qui ont été rendus en mars et mai respectivement dans les affaires *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*³ et *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*⁴.

Contexte

[5] La demanderesse portait à la naissance le nom de Mary Vicky Acoose, elle était membre de la bande indienne de Sakimay, et elle a été inscrite comme Indienne en vertu de la Loi comme en fait foi la formule intitulée [TRADUCTION] «Enregistrement d'un enfant vivant né d'un Indien» qui a été remplie à sa naissance. En 1971, la demanderesse a épousé un Indien non inscrit et, par conséquent, elle a perdu son statut légal d'Indienne inscrite et de membre de la

12. (1) The following persons are not entitled to be registered, namely,

...

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

(The applicant was not subsequently the wife or widow of a person described in section 11.)

[6] The *Indian Act* was amended in 1985 by legislation commonly referred to as "Bill C-31", which was enacted with assent on June 28, 1985.⁶ The provisions relevant here were made effective April 17, 1985. Paragraphs 6(1)(c) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4] and 11(1)(c) [as am. *idem*] of the statute as amended,⁷ both relevant in this case, provide that:

6. (1) Subject to section 7, a person is entitled to be registered if

...

(c) the name of that person was omitted or deleted from the Indian Register, or from a band list prior to September 4, 1951, under subparagraph 12(1)(a)(iv), paragraph 12(1)(b) or subsection 12(2) or under subparagraph 12(1)(a)(iii) pursuant to an order made under subsection 109(2), as each provision read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this Act relating to the same subject-matter as any of those provisions;

...

11. (1) Commencing on April 17, 1985, a person is entitled to have his name entered in a Band List maintained in the Department for a band if

...

(c) that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) and ceased to be a member of that band by reason of the circumstances set out in that paragraph; . . .

bande de Sakimay en vertu de l'alinéa 12(1)b) de la Loi qui était à l'époque rédigé dans les termes suivants⁵:

12. (1) Les personnes suivantes n'ont pas le droit d'être inscrites, savoir:

[. . .]

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

(La demanderesse n'est pas devenue subséquemment l'épouse ou la veuve d'une personne décrite à l'article 11.)

[6] La *Loi sur les Indiens* a été modifiée en 1985 par des dispositions communément désignées sous le nom de «Projet de loi C-31», qui a obtenu la sanction royale le 28 juin 1985⁶. Les dispositions pertinentes sont entrées en vigueur le 17 avril 1985. Les alinéas 6(1)c) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 4] et 11(1)c) [mod., *idem*] de la Loi, tels que modifiés⁷, tous deux pertinents en l'espèce, prévoient que:

6. (1) Sous réserve de l'article 7, une personne a le droit d'être inscrite si elle remplit une des conditions suivantes:

[. . .]

c) son nom a été omis ou retranché du registre des Indiens ou, avant le 4 septembre 1951, d'une liste de bande, en vertu du sous-alinéa 12(1)a)(iv), de l'alinéa 12(1)b) ou du paragraphe 12(2) ou en vertu du sous-alinéa 12(1)a)(iii) conformément à une ordonnance prise en vertu du paragraphe 109(2), dans leur version antérieure au 17 avril 1985, ou en vertu de toute disposition antérieure de la présente loi portant sur le même sujet que celui d'une de ces dispositions;

[. . .]

11. (1) À compter du 17 avril 1985, une personne a droit à ce que son nom soit consigné dans une liste de bande tenue pour cette dernière au ministère si elle remplit une des conditions suivantes:

[. . .]

c) elle a le droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)c) et a cessé d'être un membre de cette bande en raison des circonstances prévues à cet alinéa;

[7] In November of 1985, Ms. Scrimbitt applied for reinstatement of her registration as an Indian.⁸ She received a reply to her application in a letter from the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), dated September 24, 1986, which stated, in part:

I have your Application for Registration dated November 4, 1985, and I am pleased to confirm that you are now registered as an Indian in the Indian Register maintained in this Department in accordance with subsection 6(1)(c) of the Indian Act and that you are also registered as a member of the Sakimay Band in accordance with subsection 11(1)(c) of the Indian Act.

DIAND also notified the Sakimay Band in a September 24, 1986 letter that it had entered the applicant's name in the Indian Register and on the Band List for the Sakimay Band.

[8] Bill C-31 also amended the *Indian Act* to permit Indian bands to control their membership by submitting written membership rules that accord with section 10 [as am. *idem*] of the Act, which required, *inter alia*, that a majority of the Band approve of the Band's intention to assume control of its membership, and that the membership rules comply with subsections 10(4) and (5), which provide:

10. . . .

(4) Membership rules established by a band under this section may not deprive any person who had the right to have his name entered in the Band List for that band, immediately prior to the time the rules were established, of the right to have his name so entered by reason only of a situation that existed or an action that was taken before the rules came into force.

(5) For greater certainty, subsection (4) applies in respect of a person who was entitled to have his name entered in the Band List under paragraph 11(1)(c) immediately before the band assumed control of the Band List if that person does not subsequently cease to be entitled to have his name entered in the Band List.

[9] The Sakimay Band informed DIAND of its intention to assume control of its membership, by correspondence received on June 22, 1987, as it was enabled to do pursuant to subsection 10(6) of the amended *Indian Act*. An officer of DIAND reviewed

[7] En novembre 1985, M^{me} Scrimbitt a demandé le rétablissement de son inscription comme Indienne⁸. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) a répondu à sa demande dans une lettre en date du 24 septembre 1986, qui dit en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] J'ai reçu votre demande d'inscription datée du 4 novembre 1985 et je suis heureux de confirmer que vous êtes maintenant inscrite comme Indienne dans le registre des Indiens tenu par notre ministère conformément à l'alinéa 6(1)c) de la Loi sur les Indiens et que vous êtes également inscrite comme membre de la bande de Sakimay conformément à l'alinéa 11(1)c) de la Loi sur les Indiens.

Le MAINC a également avisé la bande de Sakimay dans une lettre en date du 24 septembre 1986 qu'il avait inscrit le nom de la demanderesse au registre des Indiens et sur la liste de bande de Sakimay.

[8] Le projet de loi C-31 modifiait également la *Loi sur les Indiens* afin de permettre aux bandes indiennes de régir l'appartenance à leurs effectifs en fixant des règles d'appartenance écrites conformes à l'article 10 [mod., *idem*] de la Loi, qui exige, notamment, qu'une majorité de la bande approuve l'intention de celle-ci d'assumer cette responsabilité, et que les règles d'appartenance soient conformes aux paragraphes 10(4) et (5), qui sont rédigés dans les termes suivants:

10. [. . .]

(4) Les règles d'appartenance fixées par une bande en vertu du présent article ne peuvent priver quiconque avait droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande avant leur établissement du droit à ce que son nom y soit consigné en raison uniquement d'un fait ou d'une mesure antérieurs à leur prise d'effet.

(5) Il demeure entendu que le paragraphe (4) s'applique à la personne qui avait droit à ce que son nom soit consigné dans la liste de bande en vertu de l'alinéa 11(1)c) avant que celle-ci n'assume la responsabilité de la tenue de sa liste si elle ne cesse pas ultérieurement d'avoir droit à ce que son nom y soit consigné.

[9] La bande de Sakimay a informé le MAINC de son intention d'assumer la responsabilité de régir l'appartenance à ses effectifs, dans une lettre qui a été reçue le 22 juin 1987, comme elle était habilitée à le faire conformément au paragraphe 10(6) de la *Loi sur*

the proposed Sakimay Band Membership Code, which was included with the correspondence. One provision of the Code stated that a person's name would be entered on the Sakimay Band List if he or she was entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) of the *Indian Act*. In a letter dated September 17, 1987, the Department advised that the Sakimay Band had control of its membership, stating in part:

I am pleased to inform you that, having reviewed the membership rules that you submitted, I have decided to give notice pursuant to subsection 10(7) of the *Indian Act* that the Sakimay Band has control of its membership effective June 22, 1987.

Hereafter, all additions to and deletions from, the Sakimay Band List will be made by your band in accordance with the membership rules that you have established.

The letter also reproduced subsections 10(4) and 10(5) and reminded the Band that its membership rules and any amendments to the Band Membership Code are directed to comply with those provisions.

[10] In 1987, DIAND forwarded copies of the departmental list of Sakimay Indian Band members to Sakimay. Sandra Ginnish, a Director of DIAND, by affidavit states that the applicant's name was on the Band List when it was forwarded by the Department. Sakimay did not cross-examine Ms. Ginnish on the affidavit. However, in affidavit evidence and in its memorandum of fact and law, both filed when the hearing in this matter was imminent, Sakimay claimed, apparently for the first time, that the applicant's name was not on the Band List. Thereupon the applicant's counsel contacted the Department of Justice, which provided, the day before the hearing of this application, a copy of the membership list for the Sakimay Indian Band that was originally forwarded to the Band in 1987. That List, dated September 25, 1987, included the applicant's name. In the proceedings before the Court, respondent's counsel advised that Sakimay no longer contested that the applicant's

les Indiens modifiée. Un agent du MAINC a examiné le code d'appartenance, joint à la lettre, qui était proposé par la bande de Sakimay. Une des dispositions de ce code prévoyait que le nom d'une personne serait consigné dans la liste de bande de Sakimay si elle avait droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens*. Dans une lettre en date du 17 septembre 1987, le ministère faisait savoir à la bande de Sakimay qu'elle avait désormais la responsabilité de régir l'appartenance à ses effectifs, indiquant en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] Je suis heureux de vous informer qu'après avoir examiné les règles d'appartenance que vous nous avez fait parvenir, j'ai décidé de vous aviser, aux termes du paragraphe 10(7) de la *Loi sur les Indiens*, que la bande de Sakimay décidera elle-même de l'appartenance à ses effectifs à compter du 22 juin 1987.

Par conséquent, tous les ajouts à la liste de la bande de Sakimay, de même que les retranchements, seront faits par votre bande conformément aux règles d'appartenance que vous avez établies.

La lettre reproduisait également les paragraphes 10(4) et 10(5) et rappelait à la bande que les règles d'appartenance et toutes les modifications au code d'appartenance à la bande devaient se conformer à ces dispositions.

[10] En 1987, le MAINC a fait parvenir à Sakimay des copies de la liste des membres de la bande indienne de Sakimay tenue au Ministère. Sandra Ginnish, directrice au MAINC, a déclaré par affidavit que le nom de la demanderesse figurait sur la liste de bande quand celle-ci a été expédiée par le Ministère. Sakimay n'a pas contre-interrogé M^{me} Ginnish au sujet de son affidavit. Toutefois, dans une preuve par affidavit et dans son mémoire des faits et du droit, tous deux déposés alors que l'audition de la présente affaire était imminente, Sakimay a prétendu, apparemment pour la première fois, que le nom de la demanderesse ne figurait pas sur la liste de bande. L'avocat de la demanderesse a alors communiqué avec le ministère de la Justice, qui a fourni, la veille de l'audition de la présente demande, une copie de la liste des membres de la bande indienne de Sakimay qui avait initialement été envoyée à la bande en 1987. Cette liste, datée du 25 septembre 1987, comprenait le

name was on the Band List when Sakimay took control of its membership in accord with the 1985 amendments to the Act.

[11] Ms. Scrimbitt claims that she was treated as a member of the Band in the early 1990s. In October of 1990, she moved onto the Sakimay Indian Reserve and into the house of her cousin, who subsequently moved to Regina. Thereafter the applicant continued to occupy that dwelling on reserve land. Furthermore, in 1991 she voted in Band Council elections and she also was a candidate for election to the Council that year. Later, at a meeting on June 10, 1992, Sakimay granted the applicant the right to use and occupy a tract of reserve land, a right that extended until December 31, 1995, and which ordinarily was accessible only by a member of the Band.

[12] In an affidavit dated December 18, 1998, Carol Sangwais, a Band councillor with Sakimay, explained why the applicant was permitted to vote in the 1991 election. She stated that the Band Council passed a resolution which provided that only individuals residing on the reserve as of December 31, 1989 were eligible to vote. Though this would have disqualified the applicant, she was able to vote because DIAND, which administered the elections that year, added her name to the voters' list. In cross-examination, Ms. Sangwais testified that she saw a 1991 voters' list that did not include the applicant's name. Sakimay's counsel undertook to provide a copy of that list to the applicant, but it was not forwarded and is not in evidence before the Court.

[13] The applicant was denied the right to vote after the 1991 elections. In 1993, she was told by a Sakimay Band Council representative that she was not on the voters' list because she was a "Bill C-31 Band member". Thereupon Ms. Scrimbitt wrote to DIAND

nom de la demanderesse. Dans la présente instance devant la Cour, l'avocat du défendeur a fait savoir que Sakimay ne contestait plus le fait que le nom de la demanderesse figurait sur la liste de bande quand Sakimay a accepté la responsabilité de décider l'appartenance à ses effectifs conformément aux modifications apportées à la Loi en 1985.

[11] M^{me} Scrimbitt prétend qu'elle a été traitée comme un membre de la bande au début des années 1990. En octobre 1990, elle a emménagé dans la réserve indienne de Sakimay et dans la maison de son cousin, qui a subséquemment déménagé à Regina. Par la suite, la demanderesse a continué d'occuper cette maison située sur les terres de la réserve. En outre, en 1991, elle a voté aux élections du conseil de bande et, la même année, elle brigua également un poste au conseil. Plus tard, au cours d'une réunion du 10 juin 1992, Sakimay a accordé à la demanderesse le droit d'utiliser et d'occuper un lopin de terre situé sur les terres de la réserve, droit accordé jusqu'au 31 décembre 1995 et qui est habituellement réservé exclusivement aux membres de la bande.

[12] Dans un affidavit daté du 18 décembre 1998, Carol Sangwais, conseillère de la bande de Sakimay, a expliqué pourquoi la demanderesse avait été autorisée à voter à l'élection de 1991. Elle a indiqué que le conseil de bande avait adopté une résolution qui prévoyait que seules les personnes qui résidaient dans la réserve au 31 décembre 1989 avaient le droit de voter. Vu cette condition, la demanderesse n'aurait pas pu voter, mais elle y a été autorisée parce que le MAINC, qui administrait les élections cette année-là, avait ajouté son nom à la liste des électeurs. En contre-interrogatoire, M^{me} Sangwais a déclaré qu'elle avait vu une liste des électeurs de 1991 qui n'incluait pas le nom de la demanderesse. L'avocat de Sakimay s'est engagé à fournir une copie de cette liste à la demanderesse, mais il ne l'a pas fait et cette liste n'a pas été déposée en preuve devant la Cour.

[13] La demanderesse s'est vu refuser le droit de voter après les élections de 1991. En 1993, un représentant du conseil de bande de Sakimay lui a dit que son nom ne figurait pas sur la liste des électeurs parce qu'elle était «un membre de la bande visé par le projet

asking for clarification of her status as a Band member and asking that she be placed on the voters' list. In response, by letter dated July 19, 1993, DIAND assured the applicant that she was a member of the Sakimay Band pursuant to paragraph 11(1)(c) of the *Indian Act*. However, the letter advised the applicant to pursue the inclusion of her name on the voters' list with Sakimay. Ms. Scrimbitt then wrote to the Minister of DIAND who, by letter dated March 21, 1994 reaffirmed the department's advice that in so far as the matter concerned the Band's membership list Sakimay had exclusive control. DIAND and the Minister could not make changes to the membership list.

[14] On January 26, 1995, in anticipation of upcoming Band elections, the applicant wrote Chief Lindsay Kaye of the Sakimay First Nation to ask whether she was included on the list of eligible voters. The reply to that request, dated February 6, 1995, stated:

I wish to thank you for your letter of January 26, 1995 regarding the question of your eligibility to vote in the upcoming election of Sakimay Band.

Sakimay is on record of opposing the Bill C31, along with other First Nations through our institutions, mainly FSIN and AFN, thus you are aware of the arguments.

It has been Sakimay Bands's policy to not allow Bill C31 to vote at election time.

You were at an electorate meeting and you posed the same question and were told that the Band does not allow Bill C31 to vote.

In keeping with the Sakimay Band's policy, your name is not on the voter's list.

[15] The applicant avers that "at a subsequent meeting of the Sakimay Council for the purpose of reviewing the voters' list, I was again informed that I would not be allowed to vote, nor have my name included on the voter's list". Thereafter, Ms. Scrimbitt was prevented from voting when she attended the

de loi C-31». M^{me} Scrimbitt a donc écrit au MAINC pour obtenir des précisions quant à son statut de membre de la bande et réclamer que son nom soit inscrit sur la liste des électeurs. En réponse, dans une lettre datée du 19 juillet 1993, le MAINC a assuré à la demanderesse qu'elle était membre de la bande de Sakimay aux termes de l'alinéa 11(1)c) de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, la lettre conseillait à la demanderesse de continuer à faire les démarches nécessaires auprès de Sakimay pour faire inscrire son nom sur la liste des électeurs. M^{me} Scrimbitt a alors écrit au ministre du MAINC qui, dans une lettre datée du 21 mars 1994, a confirmé l'avis donné par son Ministère selon lequel, dans la mesure où l'affaire concernait la liste des membres de la bande, cette question relevait exclusivement de Sakimay. Le MAINC et le ministre ne pouvaient modifier la liste des membres.

[14] Le 26 janvier 1995, en prévision des élections imminentes au sein de la bande, la demanderesse a écrit au chef Lindsay Kaye de la Première Nation de Sakimay pour lui demander si son nom figurait sur la liste des électeurs. La réponse à cette demande, datée du 6 février 1995, était rédigée comme suit:

[TRADUCTION] Je tiens à vous remercier pour votre lettre du 26 janvier 1995 concernant la question de votre admissibilité à voter aux prochaines élections de la bande de Sakimay.

Sakimay s'oppose ouvertement au projet de loi C-31, au même titre que d'autres Premières Nations, par l'entremise de nos institutions, principalement la FSIN et l'APN, et nous présumons que vous êtes au courant de cette opposition.

La bande de Sakimay a pour politique de ne pas autoriser les membres visés par le projet de loi C-31 à voter aux élections.

Vous avez assisté à une assemblée électorale au cours de laquelle vous avez posé la même question; on vous a répondu que la bande n'autorisait pas les membres visés par le projet de loi C-31 à voter.

Conformément à la politique de la bande de Sakimay, votre nom ne figure pas sur la liste des électeurs.

[15] La demanderesse affirme [TRADUCTION] «[qu']au cours d'une réunion ultérieure du conseil de Sakimay ayant pour but d'examiner la liste des électeurs, j'ai de nouveau été informée que je ne serais pas autorisée à voter et que mon nom ne serait pas non plus inscrit sur la liste des électeurs». Par la suite,

polling station on April 24, 1995 for the purpose of voting.

[16] On February 11, 1997, the applicant, in anticipation of upcoming elections, again wrote to the Chief and the Band Council to ask that she be placed on the voters' list. She asked the Council to provide written reasons if she were not included on the 1997 voters' list, but she received no response to her letter. Her name was not on the list. On her attendance at a polling station for the election in the summer of 1997, she was prevented from voting. In the applicant's memorandum of fact and law, the 1997 refusal is said to be the decision that is challenged in this application for judicial review.

[17] In affidavit evidence of its spokespersons and in oral argument before me, Sakimay advanced various explanations for denying Ms. Scrimbitt her voting rights. At the hearing before the Court, as we have noted, the respondent abandoned one of those explanations, that is, the argument that Ms. Scrimbitt was not on the Band List when Sakimay began controlling its membership in 1987. In its memorandum of fact and argument, Sakimay provided two additional reasons for denying Ms. Scrimbitt the right to vote. First, Sakimay cited the fact it refuses to accept that Bill C-31 status Indians are eligible to vote, a practice referred to in these reasons as the Band's "Bill C-31 policy".

[18] Sakimay also relies on custom to justify refusing to permit the applicant to vote. First, it claims that women who married outside of the Band were denied membership according to traditional Sakimay custom and practice. Second, Sakimay custom is said to require that one who is not a member of the Band could only become a Band member upon application and approval by the Band. According to Sakimay custom, it is said that an individual had to earn the

M^{me} Scrimbitt a été empêchée de voter quand elle s'est présentée au bureau de scrutin le 24 avril 1995.

[16] Le 11 février 1997, la demanderesse, en prévision des élections imminentes, a de nouveau écrit au chef et au conseil de bande pour demander que son nom soit inscrit sur la liste des électeurs. Elle a demandé au conseil de lui fournir par écrit les raisons pour lesquelles son nom ne figurait pas sur la liste des électeurs de 1997, mais elle n'a reçu aucune réponse. Son nom ne figurait pas sur la liste. Quand elle s'est présentée à un bureau de scrutin pour l'élection qui a eu lieu à l'été de 1997, elle a été empêchée de voter. Dans le mémoire des faits et du droit de la demanderesse, il est dit que le refus de 1997 est la décision qui est contestée dans la présente demande de contrôle judiciaire.

[17] Dans la preuve par affidavit de ses porte-parole et dans l'argumentation verbale qui a été faite devant moi, Sakimay a proposé plusieurs explications pour avoir nié à M^{me} Scrimbitt son droit de vote. À l'audience devant la Cour, comme nous l'avons déjà noté, le défendeur a abandonné l'une de ses explications, savoir l'argument selon lequel le nom de M^{me} Scrimbitt ne figurait pas sur la liste de bande quand Sakimay a assumé en 1987 la responsabilité de décider de l'appartenance à ses effectifs. Dans son mémoire des faits et son argumentation, Sakimay a mentionné deux autres raisons pour avoir nié à M^{me} Scrimbitt le droit de vote. Tout d'abord, Sakimay a indiqué qu'il refuse d'accepter que les Indiens inscrits visés par le projet de loi C-31 soient admissibles à voter, une pratique à laquelle il sera fait référence dans les présents motifs comme étant la «politique de la bande relative au projet de loi C-31».

[18] Sakimay s'appuie également sur la coutume pour justifier son refus d'autoriser la demanderesse à voter. Tout d'abord, il prétend que, conformément à la coutume et à la tradition de Sakimay, l'appartenance à la bande est refusée aux femmes qui ont épousé des hommes ne faisant pas partie de la bande. Deuxièmement, selon la coutume de Sakimay, une personne qui n'est pas membre de la bande ne peut le devenir que lorsqu'une demande présentée à la bande a été approu-

trust and respect of the Band members before admission, a standing assessed, after hearing an individual speak on the applicant's behalf, by consensus or by vote of the entire Band to accept or reject the applicant as a member. Only Band members qualified by age could be voters in Band elections.

The Decision Under Review

[19] After this proceeding was commenced the applicant sought leave to amend the originating motion to question the series of decisions denying the applicant the right to vote, and seeking relief against the Minister as well as the Band Council. Mr. Justice Rothstein limited this judicial review⁹ by refusing to extend the time to review Sakimay's 1993 and 1995 decisions denying the applicant her right to vote, and he did not extend the time to review DIAND's 1987 decision to grant Sakimay control over its membership or DIAND's refusal, communicated in July 19, 1993 and March 21, 1994 correspondence to the applicant, to challenge the Band's membership policies. The Court did, however, grant an extension of time for filing the originating notice of motion to judicially review the 1997 Band Council decision, communicated to Ms. Scrimbitt when she was prevented from voting on the day of the Band Council elections. In the result the decision here subject to review is the refusal to allow the applicant to vote in the 1997 elections.

[20] While there was no issue between the parties concerning the Court's jurisdiction in these proceedings, it may be useful to set out the basis upon which the judicial review proceeds.

[21] Subsection 18(1) of the *Federal Court Act*¹⁰ provides that the Court has jurisdiction to grant a

vée. Selon la coutume, avant d'être admise dans la bande, une personne doit gagner la confiance et le respect des membres, sa position sociale doit être évaluée, le conseil doit entendre une personne parler en faveur de cette personne, après quoi, par consensus ou par vote, la bande au complet décide d'accepter ou de rejeter cette personne comme membre. Seuls les membres de la bande qui respectent le critère de l'âge peuvent voter aux élections de la bande.

La décision faisant l'objet du contrôle

[19] Après l'introduction de la présente procédure, la demanderesse a demandé la permission de modifier son avis de requête introductif d'instance pour remettre en question la série de décisions lui refusant le droit de vote, et pour demander réparation au ministre aussi bien qu'au conseil de bande. Le juge Rothstein a limité la portée du présent contrôle judiciaire⁹ en refusant la prorogation de délai demandée en vue de soumettre au contrôle judiciaire les décisions prises par Sakimay en 1993 et 1995 qui refusaient à la demanderesse son droit de vote, et il n'a pas non plus accordé la prorogation de délai demandée en vue de soumettre au contrôle judiciaire la décision prise en 1987 par le MAINC d'accorder à Sakimay la responsabilité de décider de l'appartenance à ses effectifs, ou le refus du MAINC, communiqué à la demanderesse dans les lettres du 19 juillet 1993 et du 21 mars 1994, de contester les politiques de la bande quant à l'appartenance à ses effectifs. Toutefois, la Cour a prorogé le délai du dépôt de l'avis de requête introductif d'instance présenté en vue du contrôle judiciaire de la décision de 1997 du conseil de bande, qui a été communiquée à M^{me} Scrimbitt quand elle a été empêchée de voter le jour des élections du conseil de bande. Par conséquent, la décision qui, en l'espèce, fait l'objet du contrôle est le refus d'autoriser la demanderesse à voter aux élections de 1997.

[20] Même s'il n'y a pas de contestation entre les parties concernant la compétence de la Cour dans la présente instance, il peut être utile d'énoncer le fondement du présent contrôle judiciaire.

[21] Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*¹⁰ dispose que la Cour a compétence pour

remedy in relation to the action or failure to act of “any federal board, commission or other tribunal.” That relief may result from proceedings for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. Parliament has defined the phrase “federal board, commission or other tribunal” in subsection 2(1) [as am. *idem*, s. 1] of the *Federal Court Act*, as follows:

2. (1) . . .

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

[22] It is well settled that an Indian band council is a “federal board, commission or other tribunal” as defined by subsection 2(1) of that Act when it acts pursuant to the *Indian Act*.¹¹ Mr. Justice Jerome A.C.J., determined in *Ermineskin v. Ermineskin Indian Band Council*,¹² that the authority exercised by a band council over its membership is derived from the *Indian Act*, and the exercise of that authority is thus subject to judicial review. In *Frank v. Bottle*,¹³ while the case did not deal with a dispute concerning band membership, the defendants argued that acting pursuant to customary law shielded their decision from judicial review, but this Court did not accept that band custom insulated band council actions from judicial review in that case. In my view, even if Sakimay here purported to act pursuant to the custom of the Band, it was at the same time acting pursuant to its authority under the *Indian Act*. Its action in precluding voting by the applicant is subject to judicial review.

[23] Judicial review proceeds pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, and the forms of relief here sought by the applicant, i.e., *certiorari*, *mandamus* and declaratory relief are available pursuant to

accorder réparation relativement aux actes ou aux omissions de «tout office fédéral». Cette réparation peut découler de procédures de contrôle judiciaire engagées en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5]. Le législateur a défini l'expression «office fédéral» au paragraphe 2(1) [mod., *idem*, art. 1] de la *Loi sur la Cour fédérale* dans les termes suivants:

2. (1) [. . .]

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

[22] Il est bien établi qu'un conseil de bande indienne est un «office fédéral» aux termes du paragraphe 2(1) de cette Loi quand il agit en vertu de la *Loi sur les Indiens*¹¹. Le juge en chef adjoint Jerome a statué dans *Ermineskin c. Conseil de la bande indienne d'Ermineskin*¹² que le pouvoir exercé par le conseil de bande sur ses membres découle de la *Loi sur les Indiens*, et que l'exercice de ce pouvoir est donc assujéti au contrôle judiciaire. Dans la décision *Frank c. Bottle*¹³, pertinente même si l'affaire ne traitait pas d'un litige concernant l'appartenance à la bande, les défendeurs ont fait valoir que le fait d'agir selon le droit coutumier mettait leurs décisions à l'abri d'un contrôle judiciaire, mais, dans cette affaire, la Cour n'a pas accepté que la coutume de la bande protège les actes du conseil de bande du contrôle judiciaire. À mon avis, même si en l'espèce Sakimay prétend avoir agi en vertu de la coutume de la bande, il a en même temps agi conformément au pouvoir que lui confère la *Loi sur les Indiens*. Son refus d'autoriser la demanderesse à voter est assujéti au contrôle judiciaire.

[23] Le contrôle judiciaire se déroule conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, et les réparations demandées en l'espèce par la demanderesse, c'est-à-dire le *certiorari*, le *mandamus* et le juge-

section 18 of that Act by proceedings in accord with section 18.1.

Issues

[24] The applicant's challenge to Sakimay's decision and Sakimay's responses to it raise the following issues:

1. Was Sakimay's decision to refuse Ms. Scrimbitt the right to vote in the 1997 Band Council elections contrary to the *Indian Act* and/or the *Sakimay Band Membership Code*?
2. Did Sakimay violate a fiduciary duty owed by the Council to Ms. Scrimbitt?
3. Were Ms. Scrimbitt's section 7 and section 15 Charter rights infringed upon by the decision that prevented her from voting in a manner not warranted by section 1 of the Charter?
4. Can Sakimay rely on the collective rights bestowed upon Aboriginal peoples of Canada by section 35 of the *Constitution Act, 1982*¹⁴ to justify its refusal to allow Ms. Scrimbitt to vote?
5. Does section 25 of the Charter shield Sakimay's actions from Charter scrutiny?

[25] These reasons deal with these issues in turn.

Analysis

1. The *Indian Act* and the Sakimay Band Membership Code

[26] The applicant submits that Sakimay violated the *Indian Act* by denying her Band membership and voting rights. She urges that paragraph 6(1)(c) of the *Indian Act* entitled her to registration as a status Indian and, more importantly, that paragraph 11(1)(c) entitled her to be entered on the Sakimay Band List.

ment déclaratoire, lui sont ouvertes aux termes de l'article 18 de la Loi dans des procédures intentées conformément à l'article 18.1.

Questions en litige

[24] La contestation par la demanderesse de la décision de Sakimay et les réponses de Sakimay à cette contestation soulèvent les questions suivantes:

1. La décision de Sakimay de refuser à M^{me} Scrimbitt le droit de voter aux élections du conseil de bande de 1997 est-elle contraire à la *Loi sur les Indiens* ou au code d'appartenance à la bande de Sakimay ou à l'une et l'autre?
2. Sakimay a-t-il enfreint une obligation de fiduciaire que le conseil a à l'égard de M^{me} Scrimbitt?
3. La décision par laquelle M^{me} Scrimbitt a été empêchée de voter a-t-elle porté atteinte à ses droits protégés par les articles 7 et 15 de la Charte d'une manière non justifiée par l'article premier de la Charte?
4. Sakimay peut-il s'appuyer sur les droits collectifs qui sont conférés aux peuples autochtones du Canada par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁴ pour justifier son refus d'autoriser M^{me} Scrimbitt à voter?
5. L'article 25 de la Charte protège-t-il les actes posés par Sakimay d'un examen fondé sur la Charte?

[25] Les présents motifs traiteront de chacune de ces questions à tour de rôle.

Analyse

1. La *Loi sur les Indiens* et le code d'appartenance à la bande de Sakimay

[26] La demanderesse soutient que Sakimay a enfreint la *Loi sur les Indiens* en lui niant son droit d'appartenance à la bande et son droit de vote. Elle fait valoir que l'alinéa 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens* lui donnait le droit d'être inscrite comme Indienne et, ce qui est plus important, que l'alinéa 11(1)c) lui

She was assured by DIAND, following her application in 1985, that she was again registered and that her name was restored to the Sakimay Band List. It is submitted that Ms. Scrimbitt's name was on the List when Sakimay took control of its membership and that it was unlawfully removed thereafter. As for voting rights, the applicant relies on section 77 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14] of the *Indian Act*, which guarantees Band members the right to vote, subject to specified limitations that are not here applicable.

[27] The respondent no longer takes issue with the fact that the applicant was included on the Band List provided by DIAND to Sakimay. However, as I understand it, the respondent claims that Ms. Scrimbitt is simply a visitor on the Sakimay Reserve and not a full Band member since she has not adhered to Band custom, which requires a vote of approval by the respondent Sakimay Band after Ms. Scrimbitt has formally applied for membership. Thus, it is said Ms. Scrimbitt is not a member of the Band, and without membership status, she has no right to vote. Furthermore, Sakimay relies on its Bill C-31 policy, which precludes from voting those who were registered as Indians pursuant to paragraph 6(1)(c) of the *Indian Act*.

[28] The *Indian Act* ultimately governs Band membership. Subsection 2(1) of the *Indian Act* defines the phrase "member of a band" to mean "a person whose name appears on a Band List or who is entitled to have his name appear on a Band List". Though the respondent no longer disputes that Ms. Scrimbitt was on the Band List in 1987, it is not acknowledged that she retained that status when she was prevented from voting in 1997. While denial of her right to vote is at issue in this judicial review application, a secondary issue, upon which that right depends, is her membership in the Sakimay Band.

donnait le droit d'avoir son nom inscrit sur la liste de bande de Sakimay. Par suite d'une demande présentée en 1985, le MAINC l'a assurée qu'elle était de nouveau inscrite et que son nom avait été rétabli sur la liste de bande de Sakimay. Elle fait valoir que son nom figurait sur la liste quand Sakimay a assumé la responsabilité de décider de l'appartenance à ses effectifs et qu'il en a par la suite été illégalement retranché. Quant au droit de vote, la demanderesse s'appuie sur l'article 77 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 14] de la *Loi sur les Indiens*, qui garantit aux membres de la bande le droit de voter, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas applicables en l'espèce.

[27] Le défendeur ne conteste plus le fait que le nom de la demanderesse était inscrit sur la liste de la bande qui lui a été fournie par le MAINC. Toutefois, si je comprends bien, il prétend que M^{me} Scrimbitt est simplement un visiteur sur la réserve de Sakimay et qu'elle n'est pas membre à part entière étant donné qu'elle n'a pas adhéré à la coutume de la bande, qui exige que M^{me} Scrimbitt demande officiellement à devenir membre de la bande et que sa demande soit approuvée par vote par la bande défenderesse de Sakimay. Donc, on prétend que M^{me} Scrimbitt n'est pas membre de la bande, et que sans ce statut de membre, elle n'a aucun droit de vote. En outre, Sakimay s'appuie sur sa politique relative aux membres visés par le projet de loi C-31, qui prive du droit de vote les personnes qui ont été inscrites comme Indiens aux termes de l'alinéa 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens*.

[28] C'est la *Loi sur les Indiens* qui régit ultimement l'appartenance à la bande. Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens* définit l'expression «membre d'une bande» de la façon suivante: «Personne dont le nom apparaît sur une liste de bande ou qui a droit à ce que son nom y figure». Bien que le défendeur ne conteste plus le fait que le nom de M^{me} Scrimbitt figurait sur la liste de bande en 1987, il ne reconnaît pas qu'elle avait toujours ce statut quand elle a été empêchée de voter en 1997. Bien que ce soit le refus de son droit de vote qui soit contesté dans la présente demande de contrôle judiciaire, son appartenance à la bande de Sakimay est une question accessoire déterminante pour l'exercice de ce droit de vote.

[29] In my view, Ms. Scrimbitt was a member of the Sakimay Band at that time, even if she was not on the Band List utilized by Sakimay. Paragraph 11(1)(c) is clear authority that the applicant was entitled to have her name entered on the Sakimay Band List, since she was entitled to registration as an Indian under paragraph 6(1)(c). Upon her application she was advised by DIAND that her registration was restored and that her name was on the Sakimay Band List. Moreover, she was a member according to the Sakimay Band Membership Code, paragraph 1 of which states that a person is entitled to have his or her name entered on the Sakimay Band List if:

- a) the name of that person was entered in the Band List for Sakimay immediately prior to this code coming into force;
- b) that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) of the Indian Act 1985 as a member of the Sakimay Band;
- c) that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) of the Indian Act 1985 and ceased to be a member of the Sakimay Band by reason of the circumstances set out in that paragraph . . .

[30] Despite this, the parties agree that Ms. Scrimbitt's name was not on the Band List when she attempted to vote in 1997. Removal of her name from the Band List constituted a violation of the *Indian Act*, in my view. Sakimay had control over its membership list when the name was removed at some unspecified time after Sakimay assumed control. Pursuant to subsection 10(10) of the Act Sakimay had authority to add or delete names from the Band List, but that authority limits any alteration to be "in accordance with the membership rules of the band".

[31] Removing Ms. Scrimbitt's name from the Sakimay membership List does not accord with paragraph 1 of the Sakimay Band Membership Code regarding entitlement to inclusion on the List. While the Band may control its membership under the Act,

[29] À mon avis, M^{me} Scrimbitt était membre de la bande de Sakimay à l'époque visée, même si son nom ne figurait pas sur la liste de bande utilisée par Sakimay. L'alinéa 11(1)c reconnaît clairement que la demanderesse avait droit à ce que son nom figure sur la liste de bande de Sakimay, puisqu'elle avait droit d'être inscrite comme Indienne en vertu de l'alinéa 6(1)c. Au moment de sa demande, elle a été informée par le MAINC que son inscription avait été rétablie et que son nom figurait sur la liste de bande de Sakimay. Qui plus est, elle était membre conformément au paragraphe 1 du code d'appartenance à la bande de Sakimay qui stipule qu'une personne a le droit de faire inscrire son nom sur la liste de bande de Sakimay si elle respecte les conditions suivantes:

[TRADUCTION]

- a) le nom de cette personne était inscrit sur la liste de bande de Sakimay immédiatement avant l'entrée en vigueur de ce code;
- b) cette personne a le droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)c de la *Loi sur les Indiens* de 1985 comme membre de la bande de Sakimay;
- c) cette personne a le droit d'être inscrite en vertu de l'alinéa 6(1)c de la *Loi sur les Indiens* de 1985 et a cessé d'être membre de la bande de Sakimay par suite des circonstances énoncées dans cet alinéa [. . .]

[30] Malgré tout cela, les parties conviennent que le nom de M^{me} Scrimbitt ne figurait pas sur la liste de bande quand elle a essayé de voter en 1997. Le retranchement de son nom de cette liste de bande constitue à mon avis une contravention à la *Loi sur les Indiens*. Sakimay avait la responsabilité de régir l'appartenance à ses effectifs quand le nom de M^{me} Scrimbitt en a été retranché à un moment non précisé après que Sakimay eut accepté cette responsabilité. Aux termes du paragraphe 10(10) de la Loi, Sakimay avait le pouvoir d'ajouter des noms à la liste de bande ou d'en retrancher, mais ce pouvoir est limité par le fait que toute mesure de ce genre doit être prise «aux termes des règles d'appartenance de la bande».

[31] Retrancher le nom de M^{me} Scrimbitt de la liste des membres de Sakimay n'est pas conforme au paragraphe 1 du code d'appartenance à la bande de Sakimay concernant le droit d'être inclus sur la liste. Bien que la bande ait la responsabilité de régir

its authority to do so is limited by section 10 of the Act. In particular, subsection 10(4) provides that membership rules of a Band may not deny membership to anyone entitled to have her or his name on the List. In *Omeasoo v. Canada (Min. of Indian Affairs and Nor. Dev.) and Buffalo et al.*¹⁵, Mr. Justice Jerome A.C.J., held that subsection 10(4) protects the rights of those entitled to Band membership pursuant to Bill C-31.

[32] When Ms. Scrimbitt was denied the right to vote in 1997, Sakimay also violated section 77 of the *Indian Act*. That provision guarantees voting rights to band members who are at least 18 years of age and are ordinarily resident on a reserve. The Supreme Court of Canada recently ruled in *Corbiere*¹⁶ that section 77 was unconstitutional in its limitation of the right to vote to those “ordinarily resident on the reserve”. The Court declared that quoted phrase invalid, but suspended its declaration of invalidity for 18 months. The respondent in this case did not challenge the constitutionality of section 77. That provision remains in effect, and in any event there is here no dispute that Ms. Scrimbitt lives on the reserve. The right to vote, assured by section 77 to a member of the Band, cannot be denied by wrongful denial of her membership contrary to the *Indian Act*.

[33] In my opinion, Sakimay violated its own membership code and the *Indian Act* under which that Code was authorized, by denying the applicant the right to vote on the basis that membership in the Band, to which she was entitled under the Band’s own Code, and under the Act, was denied to her.

2. Fiduciary Duty

[34] The applicant alleges that Sakimay violated its fiduciary duty owed to her when it refused to allow her to vote in the Band Council elections. That duty is said to arise from two sources: first, the position of trust held by the Council in relation to its members, and second, from the position of trust that the Council

l’appartenance à ses effectifs en vertu de la Loi, son pouvoir d’agir à cet égard est limité par l’article 10 de la Loi. Plus particulièrement, le paragraphe 10(4) prévoit que les règles d’appartenance d’une bande ne peuvent priver quiconque de son droit de faire inscrire son nom sur la liste. Dans la décision *Omeasoo c. Canada (Min. des Affaires indiennes et du Nord canadien) et Buffalo et al.*¹⁵, le juge en chef adjoint Jerome a statué que le paragraphe 10(4) protège les droits de ceux qui ont le droit d’être membres de la bande aux termes du projet de loi C-31.

[32] Quand il a refusé à M^{me} Scrimbitt le droit de voter en 1997, Sakimay a également enfreint l’article 77 de la *Loi sur les Indiens*. Cette disposition garantit le droit de vote aux membres de la bande qui ont au moins 18 ans et qui résident ordinairement sur la réserve. La Cour suprême du Canada a récemment statué dans *Corbiere*¹⁶ que l’article 77 est inconstitutionnel parce qu’il limite le droit de vote aux personnes qui «réside[nt] ordinairement sur la réserve». La Cour a déclaré que cette condition était invalide, mais elle a suspendu sa déclaration d’invalidité pour une période de 18 mois. En l’espèce, le défendeur n’a pas contesté la constitutionnalité de l’article 77. Cette disposition demeure en vigueur et, de toute façon, il n’est pas contesté que M^{me} Scrimbitt vit sur la réserve. Le droit de voter, qui est garanti par l’article 77 à un membre de la bande, ne peut être nié parce qu’on lui a injustement refusé son droit d’appartenance à la bande, contrairement à la *Loi sur les Indiens*.

[33] À mon avis, Sakimay a contrevenu à son propre code d’appartenance et à la *Loi sur les Indiens* qui en permettait l’adoption, en refusant à la demanderesse le droit de voter au motif que le statut de membre de la bande, auquel elle avait droit en vertu même de ce code et en vertu de la Loi, lui était refusé.

2. L’obligation de fiduciaire

[34] La demanderesse allègue que Sakimay a enfreint l’obligation de fiduciaire qu’il a envers elle quand il lui a refusé le droit de voter aux élections du conseil de bande. Cette obligation découlerait de deux sources: premièrement, le conseil est en situation d’autorité dans ses rapports avec ses membres et,

holds while administering the Band List. In the latter regard, the applicant claims that the Crown owed a fiduciary duty to First Nations people to administer band lists accurately and the Band Council assumed a similar duty when it accepted the responsibility to administer the Sakimay Band List. The respondent argues that the Band Council owes a duty to its members as a whole, rather than to Ms. Scrimbitt or to individuals, and submits that there is no authority to support the proposition that the Crown owed a fiduciary duty specifically to properly maintain the Band lists.

[35] In *Guerin et al. v. The Queen et al.*,¹⁷ the Supreme Court of Canada first addressed the Crown's fiduciary obligation, in the context of Aboriginal title. Mr. Justice Dickson had this to say:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the "political trust" cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians' behalf does not of itself remove the Crown's obligation from the scope of the fiduciary principle. As was pointed out earlier, the Indians' interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown's obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary.

[36] In a recent judgment from this Court, *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*,¹⁸ Mr. Justice Rothstein considered this comment of Dickson J. He held that where the Crown acts pursuant to statute, as in the *Fairford First Nation* case, it is exercising public law duties. In those circumstances no fiduciary duty existed.

deuxièmement, ceux-ci lui témoignent leur confiance pour ce qui est de tenir la liste de bande. À ce dernier égard, la demanderesse prétend que la Couronne a envers les Premières Nations l'obligation fiduciaire de tenir avec exactitude les listes de bande et que le conseil de bande a assumé une obligation semblable quand il a accepté la responsabilité de tenir la liste de bande de Sakimay. Le défendeur prétend que le conseil de bande a une obligation envers l'ensemble de ses membres, plutôt qu'envers M^{me} Scrimbitt ou d'autres particuliers, et il soutient que rien ne permet d'appuyer la proposition selon laquelle la Couronne avait l'obligation fiduciaire particulière de tenir correctement les listes de bande.

[35] Dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*¹⁷, la Cour suprême du Canada a d'abord analysé l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans le contexte d'un titre autochtone. Le juge Dickson y a déclaré:

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquittement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Comme il se dégage d'ailleurs des décisions portant sur les «fiducies politiques», on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. Cependant, ce n'est pas parce que c'est à Sa Majesté qu'incombe l'obligation d'agir pour le compte des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L'obligation qu'a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire.

[36] Dans un jugement récent de la Cour, *Première Nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*¹⁸, le juge Rothstein a analysé cette observation du juge Dickson. Il a statué que lorsque la Couronne agit aux termes d'une loi, comme c'était le cas dans l'affaire de la *Première Nation de Fairford*, elle exerce des fonctions de droit public. Dans ce cas, aucune obligation de fiduciaire n'existe.

[37] In this case, subsection 10(8) of the *Indian Act* provides Sakimay with the responsibility to control its membership, and with authority to develop the Sakimay Band Membership Code, which became the basis for determining the composition of the Band List after 1987 when the Band assumed control of its List. Any duty upon Sakimay in regard to administering the Band List derives from the *Indian Act* and the Sakimay Band Membership Code adopted in accord with the Act. As was the case in *Fairford*, that is a public law duty arising under legislation, i.e., the Act, not a fiduciary duty. Thus, even if it might be considered, though I do not here so find, that the Crown owed a fiduciary obligation to individuals prior to Sakimay becoming responsible for administering its Band List, in my opinion the nature of that duty is distinguishable from any obligation on the part of Sakimay to Ms. Scrimbitt subsequently arising under the Act. On this issue, I conclude that Sakimay's action, in precluding the applicant from voting, did not breach any fiduciary duty owed to Ms. Scrimbitt.

3. Alleged Charter Breaches

[38] The applicant seeks a declaration that by excluding her from voting in the 1997 Band Council elections Sakimay violated her liberty rights guaranteed by section 7 and equality rights under section 15 of the Charter. I begin review of the Charter allegations with reference to section 15, then to section 7, and then to section 1 which authorizes limitations upon rights assured by other provisions of the Charter, including sections 15 and 7, in particular circumstances.

[39] The respondent urges that there is no breach of Ms. Scrimbitt's Charter rights, but in any event the Aboriginal right of Sakimay under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, to control the Band's own membership is preserved by section 25 of the Charter.

[37] En l'espèce, le paragraphe 10(8) de la *Loi sur les Indiens* donne à Sakimay la responsabilité de fixer les règles d'appartenance à ses effectifs, et le pouvoir d'établir le code d'appartenance à la bande de Sakimay, qui est devenu l'instrument à partir duquel la liste de bande a été constituée après 1987, quand la bande a assumé la responsabilité de cette liste. Toute obligation qui incombe à Sakimay concernant la tenue de la liste de bande découle de la *Loi sur les Indiens* et du code d'appartenance à la bande de Sakimay adopté conformément à la Loi. Comme c'était le cas dans *Fairford*, il s'agit d'une obligation de droit public découlant de la Loi, et non pas d'une obligation de fiduciaire. Cela étant, même si l'on pouvait considérer, quoique cela ne soit pas ce que je conclus en l'espèce, que la Couronne avait une obligation de fiduciaire à l'égard des particuliers avant que Sakimay assume la responsabilité de la tenue de la liste de bande, à mon avis, la nature de cette obligation peut être distinguée de toute obligation de la part de Sakimay envers M^{me} Scrimbitt découlant subséquentement de la Loi. Sur ce point, je conclus que la mesure prise par Sakimay, qui a refusé à la demanderesse le droit de voter, n'a pas enfreint d'obligation de fiduciaire envers M^{me} Scrimbitt.

3. Les allégations de contraventions à la Charte

[38] La demanderesse sollicite une déclaration qu'en l'empêchant de voter aux élections du conseil de bande en 1997 Sakimay a porté atteinte à ses droits à la liberté qui lui sont garantis par l'article 7 et à ses droits à l'égalité qui lui sont garantis par l'article 15 de la Charte. Je commencerai par examiner les allégations ayant trait à l'article 15 de la Charte, pour passer ensuite à l'article 7 et enfin à l'article premier, qui autorise que des limites soient apportées aux droits garantis par d'autres dispositions de la Charte, y compris les articles 15 et 7, dans certaines circonstances.

[39] Le défendeur fait instamment valoir qu'il n'a pas porté atteinte aux droits de M^{me} Scrimbitt garantis par la Charte et que, de toute façon, le droit ancestral de Sakimay, confirmé par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de gérer l'appartenance à ses propres effectifs est préservé par l'article 25 de la Charte.

Section 15

[40] Ms. Scrimbitt argues that by refusing to allow her to vote, Sakimay violated her right to equality and to equal protection and equal benefit of the law assured by section 15 of the Charter. That denial, it is urged, constitutes discrimination based on her sex, her previous marital status and on her background as a person reinstated to membership of the Band under Bill C-31.

[41] Sakimay urges that denial of her voting rights was not discriminatory within section 15 and was not based on her sex or her marital status. In addition to the applicant, more than 900 members of the Band living off the reserve (including some 180 Bill C-31 people), do not have the right to vote. In so far as her preclusion from voting was based on policy, it is said that Bill C-31 policy was not discriminatory since it applied to persons of both sexes, regardless of marital status, who were included as Band members by reason of Bill C-31. It was urged that the policy against voting by Bill C-31 people was not discriminatory, and, moreover, in the case of Ms. Scrimbitt it was a result of Sakimay custom.

[42] Subsection 15(1) of the Charter states as follows:

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

[43] Since the Court heard this case, the Supreme Court of Canada decided *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,¹⁹ in which Mr. Justice Iacobucci, for the Court, restated the framework for analysing a claim in relation to section 15. I acknowledge the assistance of counsel for the parties

L'article 15

[40] M^{me} Scrimbitt fait valoir qu'en lui refusant le droit de vote, Sakimay a porté atteinte à son droit à l'égalité et à la même protection et au même bénéfice de la loi qui lui est garanti par l'article 15 de la Charte. Elle fait valoir que ce refus constitue de la discrimination fondée sur le sexe, son état matrimonial antérieur et ses antécédents de personne réintégrée comme membre de la bande en vertu du projet de loi C-31.

[41] Sakimay fait valoir que la négation du droit de vote n'est pas discriminatoire au sens de l'article 15 et n'est pas fondée sur le sexe ou l'état matrimonial de la demanderesse. Outre celle-ci, plus de 900 membres de la bande vivant à l'extérieur de la réserve (y compris quelque 180 personnes visées par le projet de loi C-31) n'ont pas le droit de voter. Dans la mesure où la négation du droit de vote était fondée sur la politique, on prétend que la politique relative au projet de loi C-31 n'est pas discriminatoire puisqu'elle s'applique également aux personnes des deux sexes, abstraction faite de leur état matrimonial, qui ont été incluses dans la liste des membres de la bande du fait de l'adoption du projet de loi C-31. On fait instamment valoir que la politique interdisant aux personnes visées par le projet de loi C-31 de voter n'était pas discriminatoire et, qui plus est, que, dans le cas de M^{me} Scrimbitt, l'interdiction résulte de la coutume Sakimay.

[42] Le paragraphe 15(1) de la Charte est rédigé dans les termes suivants:

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

[43] Depuis que la Cour a entendu la présente affaire, la Cour suprême du Canada s'est prononcée dans l'affaire *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*¹⁹. Le juge Iacobucci, exprimant l'opinion de la Cour, a énoncé de nouveau le cadre d'analyse d'une prétention fondée sur l'article 15. Je

in written submissions about the significance of that decision for this case.

[44] In *Law*, Mr. Justice Iacobucci, in considering the approach for analyzing a subsection 15(1) claim, stated:²⁰

. . . a court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, 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 substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

[45] Iacobucci J. also commented on the purpose of subsection 15(1) and the manner in which a questioned action is to be assessed in light of that purpose. This was summed up by Madam Justice McLachlin, writing for the majority of the Supreme Court, in the recent decision in *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*,²¹ as follows:

The *Charter's* equality guarantee forbids, among other things, laws or other government actions that treat an individual unequally on the basis of stereotypical group-based distinctions. Such actions are repugnant to our constitutional order because instead of treating an individual as equally deserving of concern, respect, and consideration, they disadvantage that individual arbitrarily and stereotypically.

The central purpose of the guarantee in s. 15(1) is to protect an individual's right to be treated with dignity. . . . [Reference is then made to Iacobucci J.'s discussion of "human dignity" in *Law*.]

The effect of a law on the dignity of the claimant is to be assessed from the perspective of a "reasonable person,

remercie les avocats des deux parties qui m'ont aidé par leurs observations écrites à comprendre l'importance de cette décision pour l'espèce.

[44] Dans l'arrêt *Law*, le juge Iacobucci, se demandant que devait être le cadre d'analyse d'une prétention fondée sur le paragraphe 15(1), a déclaré²⁰:

[. . .] le tribunal appelé à décider s'il y a eu discrimination au sens du par. 15(1) devrait se poser les trois grandes questions suivantes. Premièrement, 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? Si tel est le cas, il y a une différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1).

[45] Le juge Iacobucci s'est exprimé également sur l'objet du paragraphe 15(1) et sur la manière dont une mesure suspecte doit être évaluée à la lumière de cet objet. M^{me} le juge McLachlin, exprimant l'opinion majoritaire de la Cour suprême, a résumé ce raisonnement dans le jugement récent *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*²¹ dans les termes suivants:

En raison du droit à l'égalité garanti par la *Charte*, les lois et autres mesures gouvernementales ne peuvent, entre autres choses, établir à l'égard d'une personne une distinction fondée sur l'application stéréotypée de caractéristiques de groupe. Cela répugne à notre ordre constitutionnel, car au lieu de considérer que la personne mérite le même intérêt, le même respect et la même considération, on la défavorise arbitrairement et en fonction d'un stéréotype.

L'objectif principal de la garantie inscrite au par. 15(1) est de protéger le droit d'une personne d'être traitée avec dignité. [. . .] [La Cour fait ici référence au raisonnement du juge Iacobucci sur la notion de «dignité humaine» dans l'arrêt *Law*.]

L'effet d'une loi sur la dignité du demandeur doit être évalué du point de vue de «la personne raisonnable, objec-

dispassionate, and fully apprised of the circumstances, possessed of similar attributes to, and under similar circumstances as the claimant”.

[46] The basis of the differential treatment in light of section 15 arises from comparison of Sakimay’s treatment of Ms. Scrimbitt as a Bill C-31 Band member with its treatment of other Band members in *similar circumstances except that they are accepted as members otherwise than by virtue of Bill C-31*. Those latter members living on the reserve, as Ms. Scrimbitt does, are entitled, if qualified by age, to vote, but she is not.

[47] That difference is said to be based upon the Band’s Bill C-31 policy, reflecting the policy position of other First Nations in Saskatchewan, it is said. But that source gives no special status to the policy, or to the individual decisions in Ms. Scrimbitt’s case, as apparently in others, to deprive her of the right to vote enjoyed by members other than those classed as Bill C-31 members.

[48] That difference is also said to be based on Sakimay custom, in particular, a custom that is said to have withdrawn membership and voting rights from women who married persons other than Band members. As in the case of those subject to the former paragraph 12(1)(b), rights were lost only by women, not by men, marrying outside the Band. Custom is also said to require that one who was not a Band member, as Ms. Scrimbitt was not, by reason of the former paragraph 12(1)(b) of the Act, to apply for and be accepted by a vote of the Band before they could be considered as a member of the Band. At the hearing of this matter the latter custom was offered as the explanation for the applicant not qualifying to vote, since she had not applied to the Band for membership. That explanation ignores the fact that she was restored to membership pursuant to Bill C-31, and her application to be reinstated as a member was approved by DIAND before Sakimay gained control of its own membership under the Act.

tive et bien informée des circonstances, dotée d’attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur».

[46] À la lumière de l’article 15, le fondement de la différence de traitement découle de la comparaison entre le traitement que Sakimay a réservé à M^{me} Scrimbitt en tant que membre de la bande visé par le projet de loi C-31 et la manière dont il a traité d’autres membres de la bande se trouvant dans une situation similaire, si ce n’est qu’ils sont acceptés comme membres autrement qu’en vertu du projet de loi C-31. Ces derniers vivent dans la réserve, au même titre que M^{me} Scrimbitt, et ont le droit de voter, s’ils respectent le critère de l’âge, alors qu’elle en est privée.

[47] On prétend que cette différence serait fondée sur la politique de la bande relative au projet de loi C-31, qui refléterait la position de principe des autres Premières Nations de la Saskatchewan. Mais cette référence ne donne aucun statut spécial à la politique, ni aux décisions individuelles prises dans le cas de M^{me} Scrimbitt, comme apparemment dans d’autres cas, qui ont pour effet de la priver du droit de vote dont jouissent les membres qui ne sont pas classés dans la catégorie des membres visés par le projet de loi C-31.

[48] On prétend également que cette différence est fondée sur la coutume Sakimay, en particulier, une coutume qui aurait privé les femmes qui ont épousé des hommes autres que des membres de la bande de leur droit d’appartenir à la bande et de leur droit de vote. Comme dans le cas des personnes qui étaient visées par l’ancien alinéa 12(1)(b), seules les femmes qui épousaient des hommes ne faisant pas partie de la bande perdaient ces droits, et non pas les hommes. On dit également que la coutume exige qu’une personne qui n’était pas membre de la bande, comme M^{me} Scrimbitt, du fait de l’application de l’ancien alinéa 12(1)(b) de la Loi, fasse une demande qui doit être approuvée par voie de scrutin par la bande avant que cette personne puisse se considérer comme membre de celle-ci. Lors de l’audition, c’est cette dernière coutume qui a été invoquée à l’appui de la prétention selon laquelle la demanderesse ne respectait pas les critères lui permettant de voter, étant donné qu’elle n’avait pas demandé à la bande de devenir membre.

Cette explication ne tient pas compte du fait qu'elle était redevenue membre de la bande par suite de l'adoption du projet de loi C-31, et que sa demande de réintégration avait été approuvée par le MAINC avant que Sakimay obtienne de régir l'appartenance à ses effectifs en vertu de la Loi.

[49] Either of these explanations for precluding the applicant from voting, by application of the Band's Bill C-31 policy, or by custom of the Band, and the decision in either case to preclude her voting at the polling booth, in my opinion, results in differential treatment within section 15 of the Charter.

[50] Moreover, in either case that treatment is based on gender, marital status or her Bill C-31 status. Both of the latter are said to be grounds analogous to those set out in subsection 15(1). Others may be precluded from voting by a variety of reasons, but it is clear that she and those in circumstances similar to hers do not vote because they were once removed from membership and from voting rights by reason of their sex, i.e., they are women who married persons who were non-status Indians. Men did not suffer the same loss of rights by marrying non-status Indians or otherwise marrying outside the Band. Sakimay's policy, it is said, applies to both male and female persons in the Bill C-31 group. Yet the males in that group are male children of women who lost their membership in the Band by reason of [the former] paragraph 12(1)(b) of the Act. All children of these women, male and female, were not Band members until enactment of Bill C-31, a status wholly dependant upon the mother's gender, for children of a Band member father who married outside the Band did not lose their Band membership.

[51] That group of women and their children, now within the class of Bill C-31 persons, were historically

[49] Ces explications invoquées pour empêcher la demanderesse de voter, que ce soit l'application de la politique de la bande relative au projet de loi C-31, ou la coutume de la bande, et la décision pour l'un ou l'autre motif de l'empêcher de voter au bureau de scrutin, entraînent à mon avis une différence de traitement au sens de l'article 15 de la Charte.

[50] Qui plus est, dans l'un ou l'autre cas cette différence de traitement est fondée sur le sexe, l'état matrimonial ou le statut de la demanderesse relatif au projet de loi C-31. Ces deux derniers motifs sont des motifs analogues à ceux énoncés au paragraphe 15(1). D'autres personnes peuvent être empêchées de voter pour plusieurs raisons, mais il est clair que la demanderesse et d'autres personnes se trouvant dans des situations semblables à la sienne ne votent pas parce qu'on leur a anciennement retiré leur droit d'appartenance à la bande et leur droit de vote du fait de leur sexe, c'est-à-dire parce que ce sont des femmes qui ont marié des hommes qui n'étaient pas des Indiens inscrits. Les hommes n'ont pas été privés de ces droits en épousant des femmes qui n'étaient pas des Indiennes inscrites ou qui ne faisaient pas partie de la bande. On prétend que la politique de Sakimay s'applique également aux hommes et aux femmes faisant partie du groupe visé par le projet de loi C-31. Et pourtant, les hommes qui font partie de ce groupe sont les enfants des femmes qui ont perdu leur qualité de membre du fait de l'application de l'ancien alinéa 12(1)b) de Loi. Aucun enfant de ces femmes, garçon ou fille, n'était membre de la bande avant l'adoption du projet de loi C-31, et cette situation était fondée totalement sur le sexe, étant donné que les enfants dont le père était membre de la bande et avait épousé une femme qui ne faisait pas partie de la bande ne perdaient pas leur statut de membre.

[51] Ce groupe de femmes et d'enfants, qui font maintenant partie de la catégorie des personnes visées

disadvantaged by reason of the former paragraph 12(1)(b), a circumstance that Bill C-31 was in part designed to redress.²² In my opinion, that Bill was intended to remedy long-standing discriminatory treatment of Aboriginal women who married non-status Indians. Sakimay's Bill C-31 policy reinstates that treatment and thwarts Parliament's effort to remedy it.

[52] I am satisfied that refusal of the right to vote as applied by Sakimay, to give effect to its Bill C-31 policy or to its claimed custom, discriminated against Ms. Scrimbitt and was based on sex and marital status, immutable characteristics, her gender and her prior marital status. Finally, I am satisfied that a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, and possessed of similar attitudes to the claimant's, would recognize that refusing the right to vote in the circumstances of this case is an affront to the dignity of the claimant, for reasons discriminatory on grounds she could not control or change. In my opinion that refusal contravened subsection 15(1) of the Charter.

[53] It is urged that differential treatment based on her Bill C-31 status was based on a ground analogous to those set out in subsection 15(1). I make no finding on that submission, since in my opinion it is unnecessary to do so in this case, having found that refusing the applicant the right to vote breached her rights under subsection 15(1) of the Charter by discriminating against her because of her gender and her marital status at an earlier date. She was denied equal protection and equal benefit of the law because of her sex and prior marital status.

[54] Whether this discriminatory enforcement of policy or custom could be perceived as a reasonable limitation prescribed by law that is demonstrably justified in a free and democratic society, and thus

par le projet de loi C-31, ont été historiquement défavorisés du fait de l'application de l'ancien alinéa 12(1)b), une situation que le projet de loi C-31 visait en partie à corriger²². À mon avis, ce projet de loi avait pour but de remédier à un traitement discriminatoire réservé de longue date aux femmes autochtones qui épousaient des Indiens non inscrits. La politique de Sakimay relative au projet de loi C-31 rétablit ce traitement et fait échec aux efforts du législateur pour remédier à la discrimination.

[52] Je suis convaincu que le refus du droit de vote, tel qu'il a été appliqué par Sakimay, en vue de donner effet à sa politique relative au projet de loi C-31 ou à sa prétendue coutume, constituait de la discrimination contre M^{me} Scrimbitt qui était fondé sur le sexe et l'état matrimonial de celle-ci, donc sur des caractéristiques immuables, soit son sexe et son état matrimonial antérieur. Finalement, je suis convaincu qu'une personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, et dotée d'attributs semblables à ceux de la demanderesse, reconnaîtrait que le refus du droit de vote dans les circonstances de l'espèce est une atteinte à la dignité de la demanderesse, du fait que la discrimination est exercée pour des motifs qu'elle ne peut ni maîtriser ni changer. À mon avis, ce refus contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte.

[53] On fait également valoir que la différence de traitement découlant du fait que la demanderesse était visée par le projet de loi C-31 était fondée sur un motif analogue à ceux qui sont énoncés au paragraphe 15(1). Je ne tire aucune conclusion sur cet argument, étant donné qu'à mon avis il est inutile de le faire en l'espèce, puisque j'ai conclu que la négation du droit de vote de la demanderesse portait atteinte à ses droits protégés par le paragraphe 15(1) de la Charte du fait que cela constituait de la discrimination fondée sur son sexe et son état matrimonial antérieur. On lui a refusé le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi à cause de son sexe et de son état matrimonial antérieur.

[54] La question de savoir si cette application discriminatoire de la politique ou de la coutume peut être perçue comme une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se

acceptable in accord with section 1 of the Charter, is an issue I turn to after considering the applicant's submission that denying her right to vote also infringed her right to liberty assured by section 7 of the Charter.

Section 7

[55] Section 7 of the Charter provides that:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[56] The applicant urges that Sakimay violated her right to liberty under section 7 by refusing to permit her to vote in the 1997 Band Council elections. While her liberty rights were not hindered in a physical sense, she claims that participating in the democratic process is an essential component of the right to liberty assured by section 7 and that Sakimay denying her that opportunity affected adversely her personal dignity. Ms. Scrimbitt submits that the denial was not in accordance with the principles of fundamental justice, since it was a violation of the *Indian Act* and resulted from a breach of the Sakimay Band Membership Code.

[57] In considering whether her right to vote in a Sakimay Band Council elections is protected by section 7 of the Charter, the Court must look to the interpretation of that provision by the Supreme Court of Canada. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*,²³ Mr. Justice Lamer (as he then was) described the rights protected by section 7 as those that concern restrictions that result from an individual's interaction with the justice system. The liberty interest protected by section 7 is concerned with protection from confinement of individuals against their will and from physical restrictions over their minds and bodies. That view of the scope of the section 7 liberty right was questioned by some other members of the Supreme Court of Canada in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*²⁴

démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, et qui donc serait acceptable conformément à l'article premier de la Charte, est une question à laquelle je répondrai après avoir examiné les observations de la demanderesse selon lesquelles la négation de son droit de vote contrevient également au droit à la liberté qui lui est garanti par l'article 7 de la Charte.

L'article 7

[55] L'article 7 de la Charte est rédigé dans les termes suivants:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[56] La demanderesse fait valoir que Sakimay a porté atteinte à son droit à la liberté garanti par l'article 7 en lui refusant l'autorisation de voter aux élections du conseil de bande en 1997. Bien qu'on n'ait pas physiquement porté atteinte à ses droits à la liberté, elle prétend que la participation au processus démocratique est un élément essentiel du droit à la liberté garanti par l'article 7 et que le refus de Sakimay à cet égard a porté atteinte à sa dignité personnelle. M^{me} Scrimbitt soutient que ce refus n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale étant donné qu'il contrevenait à la *Loi sur les Indiens* et qu'il a entraîné une contravention au code d'appartenance à la bande de Sakimay.

[57] Sur la question de savoir si son droit de vote aux élections du conseil de bande de Sakimay est protégé par l'article 7 de la Charte, la Cour doit tenir compte de l'interprétation qui a été donnée de cette disposition par la Cour suprême du Canada. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*²³, le juge Lamer (tel était alors son titre) a décrit les droits protégés par l'article 7 comme étant ceux qui visent les restrictions qui découlent des rapports entre un individu et le système judiciaire. Le droit à la liberté protégé par l'article 7 porte sur la protection contre la détention de personnes contre leur volonté et contre des restrictions physiques qui affectent leur intégrité physique et mentale. Cette opinion sur la portée du droit à la liberté protégé par l'article 7 a été mise en doute par certains membres de

where, on grounds of their religious beliefs, two parents disputed the administering of a blood transfusion to their child. In that case, Chief Justice Lamer repeated his opinion that an individual's involvement with the justice system triggers his or her section 7 rights, which, he noted, are connected with the "physical dimension" of liberty. Mr. Justice La Forest, with whom three members of the Court concurred, urged a more expansive definition of "liberty", stating at paragraph 80 [page 368] that it:

. . . does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance.

[58] Later, in *Godbout v. Longueuil (City)*,²⁵ La Forest J. further explained his concept of the liberty interest protected by section 7. In that case an individual was dismissed from her employment because she did not comply with a municipal resolution requiring municipal employees to live within city limits. Mr. Justice La Forest, with two other judges concurring, held that the employee's section 7 liberty rights were violated, in that case, a determination avoided by the majority of the Supreme Court who determined the matter on other grounds. In that case La Forest J. described the concept of the liberty interest under section 7, in part as follows:

. . . the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interferences . . . I do not by any means regard this sphere of autonomy as being so wide as to encompass any and all decisions that individuals might make in conducting their affairs. . . . Rather, as I see it, the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*²⁴. Dans cette affaire, des parents s'opposaient, pour des motifs religieux, à ce que leur enfant reçoive une transfusion sanguine; le juge en chef Lamer a réitéré son opinion selon laquelle ce sont les rapports entre un individu et le système judiciaire qui font entrer en jeu les droits protégés par l'article 7 qui, comme il le note, sont liés à la «dimension physique» de la liberté. Le juge La Forest, à l'opinion duquel trois membres de la cour ont souscrit, a proposé une définition plus large du terme «liberté», déclarant au paragraphe 80 [page 368]:

[. . .] la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne.

[58] Par la suite, dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*²⁵, le juge La Forest a précisé sa notion du droit à la liberté protégé par l'article 7. Dans cette affaire, une employée avait été congédiée parce qu'elle ne se conformait pas à une résolution municipale qui exigeait que les employés de la ville habitent dans les limites de la ville. Le juge La Forest, à l'opinion duquel deux autres juges ont souscrit, a maintenu que les droits à la liberté de l'employée protégés par l'article 7 avaient été enfreints, point sur lequel la majorité de la Cour suprême a évité de se prononcer en s'appuyant sur d'autres motifs pour résoudre le litige. Le juge La Forest a décrit la notion du droit à la liberté protégé par l'article 7 en partie de la façon suivante:

[. . .] la protection du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État [. . .] [J]e n'entends pas par là, je le précise, que cette sphère d'autonomie est vaste au point d'englober toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires [. . .] Je suis plutôt d'avis que l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

[59] There is as yet no jurisprudence that clearly accepts the concept that the liberty interest protected by section 7 extends beyond the protection from physical restriction of an individual's liberty. In a very recent decision²⁶ the Supreme Court has accepted that the interest in security of the person, also protected by section 7, extends beyond the criminal law context and may include the right of a parent to state-funded counsel in proceedings concerning custody of a child. For a minority of the Court,²⁷ the parents' liberty interest under section 7 was also triggered in the circumstances of that case by the custody proceedings.

[60] In *Crow v. Blood Indian Band Council*,²⁸ a band council declared a band councillor guilty of misconduct under a council election bylaw and he was removed from office. The councillor affected alleged the Council had infringed his section 7 liberty rights. After indicating that liberty rights may extend beyond the concept of physical liberty, Mr. Justice Heald said:

The plaintiff in the case at bar was removed from an elected office, pursuant to the Band's Custom Election Bylaw. The plaintiff was also denied the opportunity to participate as a candidate in the next election. However, the plaintiff was not barred from participating in the election as an elector. Nor was the plaintiff prevented from pursuing his political ambitions in other political arenas. Therefore, I am of the view the plaintiff has failed to establish that the acts of the defendants have infringed upon his liberty as is protected by s. 7 of the *Charter*.

[61] While one might infer from this decision that if voting privileges as an elector had been denied in that case, Heald D.J. would have concluded that section 7 interests in liberty were infringed, that was not there determined.

[62] I am not persuaded that Sakimay has infringed Ms. Scrimbitt's section 7 Charter rights. While evolving jurisprudence suggests a tendency to interpret the liberty interest protected by section 7 as broader than freedom from physical restraint, there is as yet no precedent for finding that section 7 protects the

[59] Il n'y a pas encore de jurisprudence qui accepte clairement la notion selon laquelle le droit à la liberté protégé par l'article 7 s'étend au-delà de la protection contre les restrictions physiques imposées à la liberté d'une personne. Dans un arrêt très récent²⁶, la Cour suprême a accepté que le droit de chacun à la sécurité de sa personne, également protégé par l'article 7, s'étend au-delà du contexte du droit criminel et peut inclure le droit du père ou de la mère d'obtenir les services d'un avocat payé par l'État dans une instance concernant la garde d'un enfant. Pour l'opinion minoritaire de la Cour²⁷, le droit des parents à la liberté protégé par l'article 7 entraine également en jeu dans les circonstances de cette affaire du fait de la procédure concernant la garde de l'enfant.

[60] Dans la décision *Crow c. Conseil de la bande indienne Blood*²⁸, un conseil de bande avait déclaré un conseiller coupable d'inconduite en vertu du règlement électoral du conseil et l'avait démis de ses fonctions. Le conseiller a allégué que le conseil avait porté atteinte à ses droits à la liberté protégés par l'article 7. Après avoir indiqué que les droits à la liberté peuvent s'étendre au-delà de la notion de liberté physique, le juge Heald a déclaré ce qui suit:

En l'espèce, le demandeur a été démis du poste auquel il avait été élu, et ce en application du règlement électoral coutumier de la bande. Il s'est vu également refuser la possibilité d'être candidat à l'élection subséquente. Cependant, il n'en a pas été exclu à titre d'électeur. On ne l'a pas empêché de poursuivre ses ambitions politiques dans d'autres arènes. À mon avis donc, le demandeur n'a pas pu prouver que les actes des défendeurs ont porté atteinte à sa liberté telle qu'elle est protégée par l'article 7 de la *Charte*.

[61] On pourrait inférer de cette décision que si le privilège de voter en tant qu'électeur avait été refusé dans ce cas, le juge suppléant Heald aurait conclu que les droits à la liberté protégés par l'article 7 avaient été enfreints; mais cela n'a pas été le cas.

[62] Je ne suis pas convaincu que Sakimay a porté atteinte aux droits de M^{me} Scrimbitt protégés par l'article 7 de la Charte. Bien que l'évolution de la jurisprudence laisse supposer une tendance à interpréter le droit à la liberté protégé par l'article 7 comme étant plus large que le droit d'être protégé contre les

applicant's right to vote in this case. I note again that I have found that right is protected under the Constitution by section 15 of the Charter.

[63] If I am wrong in my conclusion on the scope of the liberty interest, and the applicant's section 7 liberty right is here violated, I would agree that violation does not accord with the principles of fundamental justice. Action that violates the law enacted by Parliament and by the Sakimay Band, in the *Indian Act*, and the Band Membership Code adopted pursuant to that Act, does not accord with fundamental justice. Thus, if I am in error in considering the scope of the liberty interests protected by section 7, I would then agree that Sakimay has breached Ms. Scrimbitt's section 7 rights.

Section 1

[64] With reference to any breach of section 7 or subsection 15(1) of the Charter, it is necessary to determine whether the violation alleged is consistent with "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society, as provided by section 1 of the Charter. The Court must determine whether the violation is "prescribed by law", and if it is, whether that is reasonable and demonstrably justified based on the analysis set out in *The Queen v. Oakes*.²⁹

[65] The applicant submits that refusing her right to vote based on Sakimay's Bill C-31 policy is not prescribed by law. In *R. v. Therens et al.*³⁰ Mr. Justice Le Dain, dissenting on other grounds, wrote of section 1, in terms later endorsed, as follows:

The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is

restrictions physiques, il n'y a pas encore de précédent qui nous permette de conclure que l'article 7 protège le droit de la demanderesse de voter en l'espèce. Je répète que j'ai déjà conclu que ce droit est protégé constitutionnellement par l'article 15 de la Charte.

[63] Si j'avais tort de parvenir à cette conclusion sur l'étendue du droit à la liberté, et que le droit à la liberté de la demanderesse protégé par l'article 7 a été enfreint en l'espèce, je serais prêt à reconnaître que cette contravention n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Des mesures qui contreviennent à la loi adoptée par le Parlement et par la bande de Sakimay, dans la *Loi sur les Indiens*, et au code d'appartenance à la bande de Sakimay adopté en vertu de la Loi, ne sont pas conformes à la justice fondamentale. Donc, si mon interprétation de l'étendue du droit à la liberté protégé par l'article 7 est erronée, je conviendrais que Sakimay a enfreint les droits de M^{me} Scrimbitt protégés par l'article 7.

L'article premier

[64] Pour ce qui a trait aux contraventions à l'article 7 ou au paragraphe 15(1) de la Charte, il est nécessaire de se demander si la contravention alléguée se situe dans des «limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», comme le prévoit l'article premier de la Charte. La Cour doit se demander si la contravention résulte d'une «règle de droit» et si, le cas échéant, cette limite est raisonnable et que sa justification peut se démontrer d'après l'analyse énoncée dans *La Reine c. Oakes*²⁹.

[65] La demanderesse soutient que le refus opposé à l'exercice de son droit de vote, fondé sur la politique de Sakimay relative au projet de loi C-31, ne résulte pas d'une règle de droit. Dans l'arrêt *R. c. Therens et autres*³⁰, le juge Le Dain, dissident sur d'autres motifs, a énoncé le raisonnement suivant au sujet de l'article premier, raisonnement que la Cour suprême a subséquemment endossé:

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si

expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

[66] In the case at bar, neither the *Indian Act* nor the Sakimay Band Membership Code adopted under the Act incorporates Sakimay's Bill C-31 policy, and that policy, and the action in this case based upon it, are not prescribed by law in the sense defined by Le Dain J. Indeed, the *Indian Act* expressly precludes membership code provisions which would incorporate the Sakimay policy that contradicts Parliament's intent and action in enacting Bill C-31. There are no Sakimay Band Council resolutions or minutes of meetings of Council decisions, at least none in evidence before the Court, which would authorize refusing the applicant's right to vote.

[67] It is said that Sakimay has simply adopted the policy of the Assembly of First Nations and the Federation of Saskatchewan Indian Nations. Those reported policies are not law, and moreover, there is no Band resolution or any other official notice of Sakimay adopting those policies, and there is no evidence of when Sakimay adopted the policy.

[68] Counsel for Sakimay also suggested, in oral proceedings, that refusing Ms. Scrimbitt her membership rights was prescribed by law because doing so was a result of Sakimay custom. In my opinion, as I note below in considering section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Sakimay has not led sufficient evidence to establish the custom claimed. If custom may be a basis for a limit prescribed by law within section 1 of the Charter, the claimed custom does not qualify as law in this case.

[69] For Sakimay it is urged in written submissions and at the hearing that any infringement here complai-

elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

[66] En l'espèce, ni la *Loi sur les Indiens* ni le code d'appartenance à la bande de Sakimay adopté en vertu de la Loi n'incorporent la politique de Sakimay relative au projet de loi C-31, et cette politique de même que les mesures qui se fondent sur elle ne sont pas prescrites par une règle de droit au sens défini par le juge Le Dain. En fait, la *Loi sur les Indiens* exclut expressément les dispositions du code d'appartenance qui incorporeraient la politique de Sakimay qui va à l'encontre de l'intention du législateur et des mesures qu'il a prises en adoptant le projet de loi C-31. Il n'existe aucune résolution du conseil de bande de Sakimay ni aucun procès-verbal d'une réunion du conseil ou de ses décisions, du moins aucune n'a été produite devant la Cour, qui autorise le conseil à refuser à la demanderesse le droit de voter.

[67] On prétend que Sakimay a simplement adopté la politique de l'Assemblée des Premières Nations et de la Federation of Saskatchewan Indian Nations. Ces politiques ne sont pas des règles de droit et, qui plus est, il n'y a pas de résolution de la bande ni aucun avis officiel attestant que Sakimay a adopté ces politiques, pas plus qu'il n'y a de preuve de la date à laquelle Sakimay a adopté sa politique.

[68] L'avocat de Sakimay a également fait valoir, dans son argumentation orale, que le fait de refuser à M^{me} Scrimbitt ses droits d'appartenance à la bande était prescrit par une règle de droit parce qu'en agissant ainsi Sakimay se conformait à sa coutume. À mon avis, comme j'en ferai mention ci-dessous en examinant l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Sakimay n'a pas déposé une preuve suffisante pour établir cette prétendue coutume. Si la coutume peut constituer le fondement d'une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte, en l'espèce la coutume alléguée n'a pas les attributs d'une règle de droit.

[69] Au nom de Sakimay, on a fait valoir dans les observations écrites et à l'audience que la justification

ned of by the applicant was demonstrably justified under section 1 of the Charter by the concerns of the Band Council about housing and other services for a substantial number of additional Band members qualified by Bill C-31, in light of the limited resources available to the Council. I am not persuaded those economic concerns support a finding that section 1 would permit the infringement on Ms. Scrimbitt's rights under subsection 15(1). The issue here concerns denial of the right to vote in a Band council election, not other rights of members of the Band and not the allocation of limited resources to support Band members.

[70] In my opinion, the limitation on the applicant's rights, i.e., the refusal of her right to vote in 1997 elections, was not prescribed by law. Whether the basis for it was, as claimed, the Band's policy, the Band custom or the Band Council's economic concerns, it is not an infringement permitted by section 1 of the Charter.

Aboriginal rights—subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, sections 25 and 28 of the Charter

[71] Sakimay also claims that it has Aboriginal rights recognized by section 35, under Part II, of the *Constitution Act, 1982* which, pursuant to section 25 of the Charter, are protected against the effects of any infringement of Charter rights or freedoms that those Aboriginal rights may entail. For the applicant it is urged that the evidence does not establish Aboriginal rights within section 35, but even if Aboriginal rights were established they would not prevail over rights assured by the Charter, for section 25 is subject to the application of section 28 in a case such as this where the activity complained of constitutes discrimination based on gender. Section 28, it is urged, assures that provisions of the Charter, including section 25, are subject to the equal guarantee of rights to male and female persons. Moreover, subsection 35(4) [of the *Constitution Act, 1982*] provides that Aboriginal rights

de toute atteinte à ses droits alléguée par la demanderesse peut être démontrée en vertu de l'article premier de la Charte du fait des préoccupations du conseil de bande au sujet du logement et d'autres services à offrir au nombre considérable de membres de la bande qui ont été réintégrés dans leurs droits en vertu du projet de loi C-31, compte tenu des ressources limitées dont il dispose. Je ne suis pas convaincu que ces préoccupations économiques puissent appuyer la conclusion que l'article premier autoriserait qu'il soit porté atteinte aux droits de M^{me} Scrimbitt protégés par le paragraphe 15(1). La question en l'espèce concerne le refus du droit de vote lors d'une élection du conseil de bande, et non pas d'autres droits des membres de la bande ni l'affectation de ressources limitées destinées aux besoins de ceux-ci.

[70] À mon avis, la limite imposée aux droits de la demanderesse, c'est-à-dire le refus opposé à l'exercice de son droit de voter aux élections de 1997, ne résulte pas d'une règle de droit. Que le fondement de cette limite soit, comme le défendeur le prétend, la politique de la bande, la coutume de la bande ou les préoccupations économiques du conseil de bande, celle-ci n'est pas autorisée par l'article premier de la Charte.

Les droits ancestraux protégés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les articles 25 et 28 de la Charte.

[71] Sakimay prétend également que l'article 35 de la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* lui reconnaît des droits autochtones qui, aux termes de l'article 25 de la Charte, sont protégés contre les effets de toute atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte que le respect des droits ancestraux peut entraîner. Au nom de la demanderesse, on fait instamment valoir que la preuve n'établit pas des droits ancestraux au sens de l'article 35, mais que, même si des droits ancestraux étaient établis, ils n'auraient pas priorité sur les droits garantis par la Charte, étant donné que l'article 25 est assujéti à l'application de l'article 28 dans un cas comme en l'espèce où la mesure contestée constitue de la discrimination fondée sur le sexe. Il est allégué que l'article 28 fait en sorte que les dispositions de la Charte, y compris l'article 25, sont assujétiées à l'égalité de garantie des

are guaranteed equally to male and female persons. The provisions referred to by the parties are:

[*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]

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

(a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and

(b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

. . .

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

[*Constitution Act, 1982*]

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

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

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

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

[72] The argument of Sakimay is based on the perception that the right here claimed is the right of the Band to control its membership. That right is said to be of central significance to the Sakimay people for its exercise defines the Sakimay people. It is urged that control exercised by application of the Band’s custom is an Aboriginal right within subsection 35(1). Even if that custom cannot be traced to the time prior to contact with settlers of European origin it is urged that a lesser time for a custom central to its being, and

droits pour les personnes des deux sexes. En outre, le paragraphe 35(4) stipule que les droits ancestraux sont garantis également aux personnes des deux sexes. Les dispositions citées par les parties sont les suivantes:

[*Charte canadienne des droits et libertés*]

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

a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;

b) aux droits ou libertés existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis.

[. . .]

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

[*Loi constitutionnelle de 1982*]

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

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

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

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

[72] L’argument de Sakimay est fondé sur sa perception que le droit réclamé en l’espèce est le droit de la bande de fixer les règles d’appartenance à ses effectifs. Ce droit serait d’une importance fondamentale pour la nation de Sakimay puisque son exercice permettrait de déterminer qui en fait partie. On fait valoir que le contrôle exercé par l’application de la coutume de la bande est un droit ancestral au sens du paragraphe 35(1). On prétend que, même s’il ne peut être prouvé que cette coutume remonte à une époque

reflected in the existence of the people concerned, adequately establishes the right.

[73] Thus, for Sakimay it is urged that the requirement of evidence set by the majority of the Supreme Court of Canada in *R. v. Van der Peet*³¹ need not be met, rather the alternative standard set out by Madam Justice L'Heureux-Dubé in that case³² is now more appropriate in this case. Here, the right at issue is that of a people who were originally nomadic, until buffalo herds no longer supported plains peoples. In the terms described by Madam Justice L'Heureux-Dubé, the right to control membership is a customary and traditional right of Sakimay, and it is "significant and fundamental to the culture and social organization of a particular group of aboriginal people",³³ the Sakimay people.

[74] My difficulties with this argument are twofold. First, the primary right here claimed by the applicant is the right to vote. The right to membership in the Band is a secondary issue because Sakimay essentially denies that Ms. Scrimbitt is a member of the Band, yet membership was assumed by the applicant, particularly in light of assurances by DIAND and by the Minister. Indeed, her membership in the Band on a continuing basis under Sakimay custom was conceded by one affiant, then the Band Chief, in cross-examination on his affidavit filed on behalf of the Band. Moreover, under the law enacted by Parliament, Bill C-31, she was readmitted as a member of the Band, and the Band's statutory right to control its membership, which right it exercises even as it purports to exercise customary rights, precluded removal of her name from the list of members. The basis claimed for denial of her right to vote was that she was a Bill C-31 member of the Band.

antérieure au contact avec les colons d'origine européenne, une période moindre attestant une coutume qui est essentielle à son existence et qui se reflète dans la vie de la nation concernée suffit pour établir adéquatement ce droit.

[73] Pour le compte de Sakimay, on fait donc valoir qu'il n'est pas nécessaire de respecter l'exigence relative à la preuve qui a été établie par la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*³¹, et que la norme subsidiaire énoncée par M^{me} le juge L'Heureux-Dubé dans cet arrêt³² est plus appropriée en l'espèce. Dans le cas qui nous occupe, le droit en cause est celui d'un peuple qui était à l'origine nomade jusqu'à ce que les troupeaux de buffles ne soient plus suffisants pour subvenir aux besoins des peuples vivant dans les plaines. Dans les termes utilisés par le juge L'Heureux-Dubé, le droit de fixer les règles d'appartenance est un droit coutumier et traditionnel de Sakimay et il est «important et fondamental] pour l'organisation sociale et la culture d'un groupe particulier d'autochtones»³³, en l'espèce la nation Sakimay.

[74] Mes réticences à l'égard de cet argument ont deux volets. Tout d'abord, le droit principal réclamé en l'espèce par la demanderesse est le droit de vote. Le droit d'appartenance à la bande est une question secondaire parce que Sakimay nie essentiellement que M^{me} Scrimbitt est membre de la bande, alors que la demanderesse a présumé qu'elle était membre de la bande, particulièrement à la lumière des assurances que lui ont données le MAINC et le ministre. En fait, son appartenance continue à la bande en vertu de la coutume Sakimay a été reconnue par l'auteur d'un affidavit, qui était alors le chef de la bande, au cours du contre-interrogatoire au sujet de son affidavit déposé au nom de la bande. Qui plus est, en vertu de la loi adoptée par le législateur, le projet de loi C-31, elle a été réintégrée comme membre de la bande, et le droit que la bande détient en vertu d'une loi de fixer les règles d'appartenance à ses effectifs, droit qu'elle exerce même quand elle prétend exercer ses droits coutumiers, l'empêchait de retrancher le nom de la demanderesse de la liste des membres. Le fondement allégué pour lui refuser son droit de vote était qu'elle faisait partie des membres de la bande visés par le projet de loi C-31.

[75] In my opinion, the right primarily here in issue is not the right to membership. Her status as a Band member was settled by Bill C-31 and by her subsequent application to DIAND and the Department's restoration of her status. No evidence of custom was before the Court whereby the Band might deny voting in Band Council elections by Band members living on the reserve. Thus, I am not persuaded that there was any Aboriginal right here established to deny the right to vote by a Band member.

[76] Since I find the evidence inadequate to found an Aboriginal right pursuant to subsection 35(1), and because argument was limited in regard to the relationship of sections 25, 28 [of the Charter] and section 35 of the *Constitution Act, 1982*, it would be inappropriate to resolve the argument between the parties on the effect of that relationship. Interpretation of those sections in light of their interrelationship is left to be determined in a case that clearly raises the issue. In deferring resolution of that matter to another case, I follow the path of the Supreme Court of Canada in *Corbiere*.³⁴

[77] I sum up the result of my conclusions on the Charter arguments here raised. In my opinion, the denial of the applicant's right to vote in the Band Council election in 1997 violated Ms. Scrimbitt's right to equal protection and equal benefit of the law assured by subsection 15(1) of the Charter. That denial is not one protected by any limit prescribed by law and it is thus not a permissible limit under section 1 on her rights. Finally, those rights, in my opinion, are not subject to any conflicting Aboriginal rights under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, for such conflicting rights are not established by the evidence before me.

Remedies

[78] Remedies claimed by the applicant in her originating notice of motion include some not available in this Court, ordinarily or at all. The remedies originally sought were later modified in an amended

[75] À mon avis, le droit principalement contesté en l'espèce n'est pas le droit d'appartenir à la bande. Son statut de membre de la bande a été réglé par le projet de loi C-31, sa demande subséquente au MAINC et le rétablissement de son statut par le Ministère. La Cour n'était saisie d'aucune preuve d'une coutume par laquelle la bande pourrait refuser le droit de voter aux élections du conseil de bande aux membres de la bande qui vivent dans la réserve. Je ne suis donc pas convaincu qu'on a établi en l'espèce un droit ancestral de refuser le droit de vote à un membre de la bande.

[76] Étant donné que je suis d'avis que la preuve est insuffisante pour conclure à l'existence d'un droit ancestral aux termes du paragraphe 35(1) et parce que l'argument était limité au lien entre les articles 25, 28 [de la Charte] et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il ne serait pas approprié de trancher le litige entre les parties en s'appuyant sur ce lien. L'interprétation de ces articles à la lumière de leur interrelation pourra être déterminée dans une affaire où ce point sera clairement invoqué. En différant le règlement de cette question à une autre cause, je suis le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans *Corbiere*.³⁴

[77] Je résume le résultat de mes conclusions sur les arguments relatifs à la Charte soulevés en l'espèce. À mon avis, la négation du droit de vote de la demanderesse aux élections du conseil de bande de 1997 a porté atteinte au droit de M^{me} Scrimbitt à la même protection et au même bénéfice de la loi qui lui est garanti par le paragraphe 15(1) de la Charte. Cette négation n'est pas protégée par une limite prescrite par une règle de droit et elle n'est donc pas autorisée en vertu de l'article premier. Finalement, ces droits, à mon avis, ne sont pas subordonnés à des droits ancestraux incompatibles garantis par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, étant donné que ces droits incompatibles n'ont pas été établis par la preuve dont je suis saisi.

Les réparations

[78] Les réparations demandées par la demanderesse dans son avis de requête introductif d'instance incluaient certaines réparations qu'elle ne peut, de façon ordinaire ou autre, obtenir de la Cour. Les réparations

originating notice of motion, and by the order³⁵ of Rothstein J. narrowing the scope of this proceeding. Those claims were again modified by the applicant's written and oral submissions at the hearing of this matter. I deal with those claims for relief, as finally defined at the hearing, in summary, as follows:

(i) The applicant's claim to *certiorari* quashing the 1997 decision of Sakimay denying the applicant's right to vote is dismissed, since in my view the issue is moot for the relief sought cannot at this stage provide any redress.

(ii) The applicant's claim to a declaration that Sakimay's Bill C-31 policy is *ultra vires* in that it violates sections 7 and 15 of the Charter, sections 6, 10 and 77 of the *Indian Act* and Council's fiduciary duties is allowed in part, by order now issued, that denial of the applicant's rights as a member of the Sakimay Band, in particular the right to vote in the Band Council elections in 1997, because of her standing as a Bill C-31 member of the Band, was contrary to section 77 of the *Indian Act*, and to the Sakimay Band Membership Code adopted under the Act, and it infringed on her rights secured by subsection 15(1) of the Charter which infringement is not saved by section 1 and which rights are not affected by any claim raised under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

(iii) The applicant's request for *mandamus* to compel Sakimay to return the applicant's name to the Band List to be effective from the date her name was removed, is allowed in part. It is clear that the applicant's name was on the Band List at the time the Band assumed responsibility for maintaining the Band's List of members. The Band's authority to remove her name from the List simply because of her status as a Bill C-31 person, was prescribed by section 10 of the *Indian Act* as enacted by Bill C-31 was agreed between the parties that at the time this matter was heard her name was not on the Band membership List. If her name is not now on the List, the Band is directed to add her name to the List to be effective from the date the Band assumed responsibility for its own membership and the List of its members.

(iv) The applicant's claim to *mandamus* to compel the Sakimay Band Council to enter her name on the Band

initialement demandées ont par la suite été modifiées dans un avis de requête introductif d'instance modifié et par l'ordonnance³⁵ du juge Rothstein qui a restreint la portée de la présente instance. Les demandes de réparations ont de nouveau été modifiées dans les observations écrites et orales de la demanderesse lors de l'audition de l'affaire. En résumé, je statue sur ces demandes de réparations, selon la forme qu'elles ont finalement prise à l'audience, de la façon suivante:

(i) La demande de *certiorari* de la demanderesse pour faire annuler la décision de 1997 de Sakimay de lui refuser le droit de voter est rejetée, parce qu'à mon avis la question est théorique puisque la réparation demandée ne pourrait à l'heure actuelle changer la situation.

(ii) La demande d'un jugement déclaratoire que la politique de Sakimay relative au projet de loi C-31 est *ultra vires* dans ce sens qu'elle contrevient aux articles 7 et 15 de la Charte, aux articles 6, 10 et 77 de la *Loi sur les Indiens* et aux obligations de fiduciaire du conseil est accueillie en partie, par l'ordonnance qui est rendue en même temps que les présents motifs, et qui déclare que la négation des droits de la demanderesse comme membre de la bande de Sakimay, en particulier le droit de voter aux élections du conseil de bande de 1997, en raison de son statut de membre visé par le projet de loi C-31, est contraire à l'article 77 de la *Loi sur les Indiens* et au code d'appartenance à la bande de Sakimay adopté en vertu de la Loi et porte atteinte à ses droits garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte dont la contravention n'est pas justifiée par l'article premier et qui ne sont pas touchés par une prétention fondée sur le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

(iii) La demande d'un bref de *mandamus* obligeant Sakimay à réinscrire le nom de la demanderesse sur la liste de bande à compter de la date à laquelle son nom en a été retranché, est accueillie en partie. Il est clair que le nom de la demanderesse figurait sur la liste de bande au moment où la bande a assumé la responsabilité de tenir la liste des membres de la bande. Le pouvoir de la bande de retrancher son nom de la liste pour la simple raison qu'elle était visée par le projet de loi C-31 était prescrit en raison de l'adoption de l'article 10 de la *Loi sur les Indiens* édicté par le projet de loi C-31; les parties ont convenu qu'au moment où l'affaire a été entendue le nom de la demanderesse ne figurait pas sur la liste des membres de la bande. Si son nom ne figure pas à l'heure actuelle sur la liste de bande, j'ordonne à la bande d'inscrire le nom de la demanderesse sur la liste et que cette mesure prenne effet à compter de la date à laquelle la bande a assumé la responsabilité de fixer les règles d'appartenance à ses effectifs et de tenir la liste de ceux-ci.

(iv) La demande d'un bref de *mandamus* obligeant le conseil de la bande de Sakimay à inscrire le nom de la demande-

voter's list for the 1999 elections and all future Band council elections is allowed in part. Since I understand the 1999 elections have been completed no order issues with specific reference to the list of voters for these elections. So long as Ms. Scrimbitt continues as a member of the Band she is entitled under section 77 of the *Indian Act*, as it applies to other Band members, to vote in future elections and she shall not be deprived of the right to vote except as all other members are. The order now issued provides for this.

[79] Costs are sought by the applicant, on a solicitor and client basis, or in accord with Column V of the Court's Tariff of fees under its Rules [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106]. In my opinion, this is not a case for solicitor/client costs. The issues here raised have been pursued by the parties in lengthy processes in the Saskatchewan Court and in this Court, here initially as an action and more recently as an application for judicial review. Of course, it is only the costs in regard to this proceeding for judicial review that are now subject to consideration. In this proceeding there have not been unnecessary or erroneous actions by the respondent Sakimay that would support an award of solicitor and client costs.³⁶

[80] Costs ordinarily follow the outcome of judicial review or trial proceedings. The applicant was generally successful in regard to certain relief sought and modified when this matter was heard. I am persuaded that the applicant's costs were higher than in the usual judicial review proceeding because the basis of the respondent's refusal to permit Ms. Scrimbitt to vote was uncertain, and it was varied from time to time. First, it was based on Sakimay's own Bill C-31 policy, then on the policy of other regional and national organizations, then on claims of Sakimay custom, then because she was not included on the membership list of the Band, a basis only abandoned at the hearing, and finally the ground relied upon at the hearing was that she had not applied and been accepted as a member by vote of the Band in accord with Sakimay custom. Preparing to deal with these various bases claimed by Sakimay for its action, is

resse sur la liste des électeurs pour les élections de 1999 et toutes les élections futures du conseil de bande est accueillie en partie. Étant donné que, si je comprends bien, les élections de 1999 ont déjà eu lieu, l'ordonnance ne fera pas référence en particulier à la liste des électeurs pour ces élections. Tant et aussi longtemps que M^{me} Scrimbitt continue d'être membre de la bande, elle a le droit en vertu de l'article 77 de la *Loi sur les Indiens*, au même titre que les autres membres de la bande, de voter aux élections à venir et elle ne doit pas être privée de son droit de voter, sauf dans la mesure où tous les autres membres en seront également privés. L'ordonnance décernée accorde cette réparation.

[79] La demanderesse réclame que les dépens lui soient adjugés sur la base avocat-client, ou selon la colonne V du tarif établi dans les Règles de la Cour [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. À mon avis, il ne s'agit pas d'un cas qui justifie l'octroi des dépens sur la base avocat-client. Les questions soulevées en l'espèce ont été débattues par les parties au cours de longues instances devant la Cour de la Saskatchewan et devant la présente Cour, initialement dans le cadre d'une action et plus récemment dans une demande de contrôle judiciaire. Bien entendu, je ne me prononce maintenant que sur les dépens ayant trait à la présente procédure de contrôle judiciaire. Dans cette instance, le défendeur Sakimay n'a pas pris de mesures inutiles ou erronées qui puissent justifier l'octroi des dépens sur la base avocat-client³⁶.

[80] Les dépens suivent habituellement l'issue du contrôle judiciaire ou du procès. La demanderesse a généralement obtenu gain de cause au sujet de certaines des réparations qu'elle recherchait et qu'elle a modifiées quand cette affaire a été entendue. Je suis persuadé que la demanderesse a engagé des frais plus élevés que ceux qu'elle aurait engagés dans une procédure habituelle de contrôle judiciaire, parce que le fondement du refus du défendeur d'autoriser M^{me} Scrimbitt à voter était incertain et qu'il a été modifié de temps à autre. Tout d'abord, ce refus a été fondé sur la propre politique de Sakimay relative au projet de loi C-31, puis sur la politique d'autres organismes régionaux et nationaux, puis sur l'allégation d'une coutume Sakimay, et ensuite sur le fait que le nom de la demanderesse n'était pas inscrit sur la liste des membres de la bande, argument qui n'a été abandonné qu'à l'audience, et finalement sur le fait, débattu par

said by counsel for the applicant to have significantly exceeded normal preparation time. I accept that. I would award costs to the applicant on the scale set by Column IV and allowing for two of counsel so far as two were involved in relation to cross-examination of Sakimay's affiants, to preparation of the applicant's memorandum of fact and law, and to the hearing of the application. The parties may agree on costs reflecting those considerations or the costs may be taxed on application of either party.

Conclusion

[81] An order goes allowing the application for judicial review in part, as outlined above in relation to certain forms of relief sought, with costs to the applicant as also set out above.

[82] That order also provides that the style of cause in this proceeding shall be as set out at the commencement of the order and of these reasons, in accord with the order of Mr. Justice Rothstein, dated December 2, 1998, which provided that "the Minister of Indian Affairs and Northern Development is deleted as a respondent in this Court file".

¹ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

² R.S.C., 1985, c. I-5, as amended.

³ [1999] 1 S.C.R. 497.

⁴ [1999] 2 S.C.R. 203; varying [*sub nom Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*] [1997] 1 F.C. 689 (C.A.).

⁵ R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(b).

⁶ *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27. This Act became R.S.C., 1985 (1st supp.), c. 32.

⁷ R.S.C., 1985, c. I-5.

le défendeur à l'audience, que la demanderesse n'avait pas demandé à être membre de la bande et qu'elle n'avait pas été acceptée à ce titre par un vote de la bande conformément à la coutume sakimay. Le temps de préparation d'une réfutation de ces différents motifs allégués par Sakimay comme justification des mesures prises par le conseil dépasse de beaucoup, d'après l'avocat de la demanderesse, le temps normal de préparation. Je suis d'accord. J'accorde à la demanderesse les dépens d'après l'échelle établie à la colonne IV pour deux avocats dans la mesure où ils ont tous deux participé au contre-interrogatoire des auteurs des affidavits déposés au nom de Sakimay, à la préparation du mémoire des faits et du droit de la demanderesse, et à l'audition de la demande. Les parties peuvent s'entendre sur des frais qui tiennent compte de ces considérations ou alors les frais peuvent être taxés sur demande de l'une ou l'autre des parties.

Conclusion

[81] L'ordonnance rendue accueillie en partie la demande de contrôle judiciaire, comme il a été indiqué ci-dessus relativement à certaines des réparations demandées, et les dépens sont accordés à la demanderesse selon ce qui est indiqué ci-dessus.

[82] L'ordonnance prévoit également que l'intitulé de la cause dans la présente instance est identique à celui qui figure au début de l'ordonnance et des présents motifs, conformément à l'ordonnance du juge Rothstein en date du 2 décembre 1998, qui prévoit que «le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien [est] radi[é] de ce dossier en tant que défendeur[r]».

¹ *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].

² L.R.C. (1985), ch. I-5, et ses modifications.

³ [1999] 1 R.C.S. 497.

⁴ [1999] 2 R.C.S. 203; modifiant [*sub nom Bande indienne de Batchewana (membres non-résident) c. Bande indienne de Batchewana*] [1997] 1 C.F. 689 (C.A.).

⁵ S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 12(1)(b).

⁶ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27. Cette Loi est devenue L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32.

⁷ L.R.C. (1985), ch. I-5.

⁸ Pursuant to s. 5 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4] of the Act, the Registrar, within DIAND, is authorized to add to the Indian Register the name of a person who is entitled under Bill C-31 to be registered and who applies for registration.

⁹ See *Scrimbitt v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 1786 (T.D.) (QL).

¹⁰ R.S.C., 1985 c. F-7, as amended [s. 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)].

¹¹ *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792 (C.A.).

¹² (1995), 96 F.T.R. 181 (F.C.T.D.).

¹³ [1994] 2 C.N.L.R. 45 (F.C.T.D.).

¹⁴ *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

¹⁵ [1989] 1 C.N.L.R. 110 (F.C.T.D.).

¹⁶ *Supra*, note 4.

¹⁷ [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 385.

¹⁸ [1999] 2 F.C. 48 (T.D.).

¹⁹ [1999] 1 S.C.R. 497.

²⁰ *Ibid.*, at para. 39 [p. 524].

²¹ (1999), 175 D.L.R. (4th) 193 (S.C.C.), at paras. 74-75 [p. 233].

²² See the Federal Court of Appeal decision in *Batchewana Indian Band*, *supra*, note 4, at para. 37 [p. 724], where the Court quoted with approval from a Bill C-31 Impact Study noting that one objective of Bill C-31 was "to remove discrimination on the basis of gender from the Act, to restore Indian status and band membership rights to eligible persons (particularly women who had lost their status through marriage to non-Indians)".

²³ [1990] 1 S.C.R. 1123.

²⁴ [1995] 1 S.C.R. 315.

²⁵ [1997] 3 S.C.R. 844, at p. 893.

²⁶ *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 124 (S.C.C.).

²⁷ *Ibid.*, at para. 117 *et seq.*, per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. concurring.

²⁸ [1997] 3 C.N.L.R. 76 (F.C.T.D.), at p. 87.

²⁹ [1986] 1 S.C.R. 103.

³⁰ [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645. Le Dain J.'s test for "prescribed by law" has been followed by the unanimous Court in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at p. 650, and in the separate, concurring judgments of Madam Justice McLachlin and Madam Justice L'Heureux-Dubé in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139.

³¹ [1996] 2 S.C.R. 507.

³² *Ibid.*, at para. 95 [p. 572] *et seq.*

⁸ Aux termes de l'art. 5 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{re} suppl.), ch. 32, art. 4] de la Loi, le registraire du MAINC est autorisé à ajouter au registre des Indiens le nom d'une personne qui a le droit, en vertu du projet de loi C-31, d'être inscrite et qui demande son inscription.

⁹ Voir *Scrimbitt c. Canada*, [1998] F.C.J. n° 1786 (1^{re} inst.) (QL).

¹⁰ L.R.C. (1985), ch. F-7, et ses modifications [art. 18(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)].

¹¹ *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792 (C.A.).

¹² (1995), 96 F.T.R. 181 (C.F. 1^{re} inst.).

¹³ [1994] 2 C.N.L.R. 45 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁴ *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].

¹⁵ [1989] 1 C.N.L.R. 110 (C.F. 1^{re} inst.).

¹⁶ Précité, note 4.

¹⁷ [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 385.

¹⁸ [1999] 2 C.F. 48 (1^{re} inst.).

¹⁹ [1999] 1 R.C.S. 497.

²⁰ *Ibid.*, au par. 39 [p. 524].

²¹ (1999), 175 D.L.R. (4th) 193 (C.S.C.), aux par. 74 et 75 [p. 233].

²² Voir l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Bande indienne de Batchewana*, précitée, note 4, au par. 37 [p. 724], où la Cour a cité avec approbation l'étude d'impact du projet de loi C-31 notant que l'un des objectifs de ce projet de loi était de «supprimer de la Loi toute discrimination fondée sur le sexe, de redonner le statut d'Indien aux personnes admissibles et de les réintégrer dans leurs droits en tant que membres de la bande (particulièrement les femmes qui ont perdu leur statut par suite de leur mariage à un non-Indien)».

²³ [1990] 1 R.C.S. 1123.

²⁴ [1995] 1 R.C.S. 315.

²⁵ [1997] 3 R.C.S. 844, à la p. 893.

²⁶ *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 124 (C.S.C.).

²⁷ *Ibid.*, au par. 117 *et suiv.*, le juge L'Heureux-Dubé, les juges Gonthier et McLachlin souscrivant à son opinion.

²⁸ [1997] 3 C.N.L.R. 76 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 87.

²⁹ [1986] 1 R.C.S. 103.

³⁰ [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 645. Le critère du juge Le Dain concernant la «règle de droit» a été suivi à l'unanimité par la Cour suprême dans *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, à la p. 650, et dans les jugements distincts et concordants des juges McLachlin et L'Heureux-Dubé dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139.

³¹ [1996] 2 R.C.S. 507.

³² *Ibid.*, au par. 95 [p. 572] *et suiv.*

³³ *Ibid.*, at para. 160 [p. 594].

³⁴ *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, *supra*, note 4, at para. 20 and 51-53 [pp. 18 and 36-38].

³⁵ Order dated December 2, 1998 [[1998] F.C.J. No. 1786 (T.D.) (QL)].

³⁶ See, e.g., *Keramchemie GmbH v. Keramchemie (Canada) Ltd.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 223 (F.C.A.).

³³ *Ibid.*, au par. 160 [p. 594].

³⁴ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, précité, note 4, aux par. 20 et 51 à 53 [p. 18 et 36 à 38].

³⁵ Ordonnance en date du 2 décembre 1998 [[1998] F.C.J. n° 1786 (1^{re} inst.) (QL)].

³⁶ Voir, p. ex., *Keramchemie GmbH c. Keramchemie (Canada) Ltd.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 223 (C.A.F.).