

A-434-07
2008 FCA 182

A-434-07
2008 CAF 182

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appellant*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court of Appeal, Linden, Noël, and Ryer JJ.A — Toronto, May 8; Ottawa, May 15, 2008.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Noël et Ryer, J.C.A. — Toronto, 8 mai; Ottawa, 15 mai 2008.

Aboriginal Peoples — Elections — Appeal from Federal Court decision striking down in entirety Indian Act, s. 75(1) on grounds residence restriction on nominees for office of councillor unconstitutional because violating equality rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Remedy unnecessarily broad — Striking down s. 75(1) would remove requirement each candidate be “elector” as defined in s. 2(1), thereby enabling individuals under 18, non-members of band, other disqualified persons to be nominated for office — Reading-down preferable remedy as allowing non-residents to be nominated for office as mandated by Charter while maintaining definition of “electors” that is important for operation of system — Appeal allowed.

Peuples autochtones — Élections — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé dans son ensemble l'art. 75(1) de la Loi sur les Indiens au motif que la restriction relative à la résidence imposée aux candidats au poste de conseiller est inconstitutionnelle parce qu'elle enfreint les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — La portée de la réparation est plus vaste que nécessaire — L'annulation de l'art. 75(1) aurait pour effet de supprimer l'obligation pour tout candidat d'être un « électeur » au sens de l'art. 2(1), permettant ainsi aux personnes de moins de 18 ans, non membres de la bande ou par ailleurs inaptes d'être présentées à un poste électif — L'interprétation atténuante serait préférable parce qu'elle permettrait de présenter des non-résidents à un poste électif conformément à la Charte, tout en maintenant la définition du terme « électeur », qui est importante pour le fonctionnement du système — Appel accueilli.

Constitutional Law — Remedies — Appeal from Federal Court decision striking down Indian Act, s. 75(1) on grounds residence restriction on nominees for office of councillor unconstitutional because violating equality rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Reading-down remedy involving giving statute narrow interpretation to avoid constitutional problem that would arise if statute broadly interpreted, adopted instead.

Droit constitutionnel — Recours — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé l'art. 75(1) de la Loi sur les Indiens au motif que la restriction relative à la résidence imposée aux candidats au poste de conseiller est inconstitutionnelle parce qu'elle enfreint les droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés — L'interprétation atténuante, qui consiste à donner à une loi une interprétation étroite afin d'éviter les difficultés constitutionnelles qu'en causerait une interprétation large, a plutôt été adoptée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part 1 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.

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.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “elector” (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c.32, s. 1), 75(1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) « électeur » (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 1), 75(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs), [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; 239 N.R. 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 61 C.R.R. (2d) 189; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; (1996), 140 D.L.R. (4th) 235; [1997] 1 W.W.R. 97; 81 B.C.A.C. 243; 31 C.C.L.T. (2d) 113 203 N.R. 36; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; [1993] 8 W.W.R. 257; (1993), 35 B.C.A.C. 1; 84 C.C.C. (3d) 173; 24 C.R. (4th) 1; 17 C.R.R. (2d) 269; 159 N.R. 161; 57 W.A.C. 1; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120; (2000), 193 D.L.R. (4th) 193; [2001] 2 W.W.R. 1; 28 Admin. L.R. (3d) 1; 150 C.C.C. (3d) 1; 38 C.R. (5th) 209; 79 C.R.R. (2d) 161; 263 N.R. 203; 5 T.T.R. (2d) 161; 2000 SCC 69; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 295 N.R. 353; 2002 SCC 75.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. 4th ed. loose-leaf. Toronto: Carswell, 1997.

APPEAL from a Federal Court decision ([2008] 1 F.C.R. 795; (2007), 316 F.T.R. 193; [2007] 4 C.N.L.R. 71; 2007 FC 878) that the restriction in subsection 75(1) of the *Indian Act* that non-resident members of a band cannot be nominated for the office of councillor thereof was unconstitutional because it violated section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Michael G. Roach for appellant.
Chantelle J. Bryson for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Buset & Partners LLP, Thunder Bay, for respondents.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS CITÉES :

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120; 2000 CSC 69; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75.

DOCTRINE CITÉE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. 4^e éd. (feuilles mobiles). Toronto : Carswell, 1997.

APPEL de la décision ([2008] 1 R.C.F. 795; 2007 CF 878) par laquelle la Cour fédérale a statué que la restriction énoncée au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* selon laquelle des membres non-résidents d'une bande ne peuvent être présentés au poste de conseiller de la bande était inconstitutionnelle parce qu'elle enfreignait l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Michael G. Roach pour l'appellant.
Chantelle J. Bryson pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Buset & Partners LLP, Thunder Bay, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LINDEN J.A.: This is another appeal that raises the matter of the political rights of non-resident members of Indian bands following the decision of *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

[2] The issue involved in this litigation was whether non-resident members of the Gull Bay First Nation could be nominated for the office of councillor of the band, despite an apparent bar contained in subsection 75(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. This provision provides as follows:

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

[3] The applications Judge [[2008] 1 F.C.R. 795 (F.C.)] held that this restriction was unconstitutional as it violated section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. In this Court, the appellant does not appeal from the merits of that decision, rather this appeal stems from the nature of constitutional remedy imposed on the parties on the basis that it is overly broad.

[4] Counsel for the appellant contends that the remedy employed by the applications Judge, striking down subsection 75(1) in its entirety, was more extensive than necessary. According to counsel for the appellant, reading down the affected parts of this provision would be more appropriate. The remedy which he suggests is as follows:

Subsection 75(1) of the *Indian Act* violates section 15 of the Charter and is not justified by section 1 of the Charter and is therefore invalid to the extent that it prohibits electors who do not reside on the reserve from being nominated for the office of councillor.

[5] Counsel for the respondents argue that the remedy employed by the applications Judge should be affirmed

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Il s'agit d'un appel de plus soulevant la question des droits politiques des membres non-résidents des bandes indiennes à la suite de l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

[2] La question en litige dans l'instance qui a donné lieu au présent appel était de savoir si les membres non-résidents de la Première Nation de Gull Bay pouvaient être présentés au poste de conseiller de bande, malgré la disposition de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 qui paraît l'interdire, soit son paragraphe 75(1), libellé comme suit :

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

[3] Le juge des demandes [[2008] 1 R.C.F. 795 (C.F.)] a conclu à l'inconstitutionnalité de cette restriction, au motif qu'elle enfreint l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. L'appellant ne conteste pas cette décision au fond devant notre Cour, mais base plutôt son appel sur la portée excessive de la réparation constitutionnelle imposée aux parties.

[4] L'avocat de l'appellant soutient en effet que la portée de la réparation prononcée par le juge des demandes, soit l'annulation du paragraphe 75(1) dans son ensemble, dépasse les besoins. Selon lui, il conviendrait plutôt de donner une interprétation atténuante des parties applicables de cette disposition. La mesure de réparation qu'il propose est un jugement qui se formulerait comme suit :

[TRADUCTION] Le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* enfreint l'article 15 de la Charte, n'est pas légitimé par application de l'article premier de celle-ci et est donc invalide, dans la mesure où il interdit aux électeurs ne résidant pas dans la réserve d'être présentés au poste de conseiller.

[5] L'avocate des intimés soutient de son côté qu'il convient de confirmer la réparation prononcée par le

as it would cause less confusion than that proposed by the appellant and would encourage Parliament to undertake a legislative remedy which would ultimately be more thorough and transparent. Concern about raising the remedy issue on appeal was also expressed, but that is not seen by this Court as an impediment (*Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458).

[6] In my view, the constitutional remedy ordered by the applications Judge was unnecessarily broad. As his reasons do not indicate that the more limited and restrained remedy of reading down was considered, I am disinclined to afford him deference on the issue of remedy. The striking down of subsection 75(1) would remove the requirement that each candidate be an “elector”, as defined by subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1]. As a result, it enables individuals under 18 years of age, non-members of the band and other disqualified persons to be nominated for office. In my view, such potential problems cannot go unaddressed by this Court.

[7] Counsel for the respondents argued that the adoption of the reading-down remedy could lead to further adverse consequences where a band has more than one “electoral section”, since there could be some confusion as to whom the non-resident band councillors are elected to represent. However, we are told that such an effect would be limited to only two bands, and even then, we are further informed by counsel for the respondents that there is a convenient procedural method for these two bands to adjust their electoral system accordingly. In my view, the alleged confusion with regard to reading down the affected parts of the provision would be far less than the potential problems caused by the remedy ordered by the applications Judge.

[8] I therefore hold that the reading-down remedy should be utilized here. Professor Peter Hogg in his book *Constitutional Law of Canada* (4th ed. loose-leaf. Toronto: Carswell, 1997), has described the remedy as follows [at paragraph 37.1(g)]:

[Reading down] is a technique of judicial amendment, altering the statute to make it conform to the Constitution. . . . Reading

juge des demandes, étant donné qu’elle causerait moins de confusion que celle proposée par l’appelant et inciterait le Parlement à adopter une mesure corrective d’ordre législatif qui serait en fin de compte plus complète et plus transparente. Elle a aussi émis des doutes sur la légitimité de soulever la question de la réparation en appel, mais notre Cour ne voit là aucune difficulté (*Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458).

[6] À mon avis, la réparation constitutionnelle prononcée par le juge des demandes est de portée inutilement large. Comme son exposé des motifs n’indique pas qu’il ait envisagé la réparation plus limitée et plus mesurée de l’interprétation atténuante, je ne suis guère disposé à faire preuve de retenue à l’égard de sa décision sur la question de la réparation. L’annulation du paragraphe 75(1) aurait pour effet de supprimer l’obligation pour tout candidat d’être un « électeur », selon la définition du paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch.32, art.1]. Il s’ensuivrait qu’une personne de moins de 18 ans, non-membre de la bande ou par ailleurs inapte pourrait être présentée à un poste électif. À mon sens, la Cour ne peut pas ne pas tenir compte de tels problèmes éventuels.

[7] L’avocate des intimés fait valoir que l’adoption de l’interprétation atténuante comme réparation pourrait entraîner d’autres conséquences défavorables dans le cas des bandes ayant plus d’une « section électorale », puisqu’on risquerait alors de ne pas très bien savoir qui les conseillers de bande non-résidents seraient élus pour représenter. Cependant, on nous dit qu’un tel effet se limiterait à deux bandes, et l’avocate des intimés nous informe de surcroît que ces deux bandes disposent d’une procédure commode pour adapter leur système électoral à cette éventualité. À mon avis, la confusion qu’on craint de voir découler de l’interprétation atténuante des parties pertinentes de la disposition serait bien moindre que les problèmes que pourrait entraîner la réparation prononcée par le juge des demandes.

[8] Je conclus donc qu’il convient de retenir ici l’interprétation atténuante comme réparation. Peter Hogg a défini cette réparation comme suit dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (4^e éd. feuilles mobiles. Toronto : Carswell, 1997) [au paragraphe 37.1(g)]:

[TRADUCTION] [L’interprétation atténuante] est une méthode de modification judiciaire des lois visant à les rendre conformes

down... involves giving a statute a narrow interpretation in order to avoid a constitutional problem that would arise if the statute were given a broad interpretation.

[9] I further note that this remedy has been employed in several analogous situations (see *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at page 262; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 159; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 67). In this instance, this technique is preferable as it would allow non-residents to be nominated for office as mandated by the Charter, but it would also maintain the definition of “elector[s]” that is important for the operation of the system. I should note that in reaching this decision, the alternative remedy of severance was also considered, but the Court is of the view that the adoption of that option would result in other potential difficulties as well.

[10] That being the case, I am of the view that the judgment of the applications Judge should be set aside and replaced by a judgment incorporating the language proposed by counsel for the appellant as outlined in paragraph 5 above.

[11] As for a stay in this appeal, counsel for the appellant seeks some time to allow information, consultation and adjustments to be organized, preferably nine months, although he did indicate that a two-month stay would be acceptable. Counsel for the respondents insisted for a two-month stay as a maximum, so as to allow for the preliminary steps for the next election scheduled in November 2008 to be taken in light of the provision being read down. In my view, a stay of two months will ensure that the rights of these individuals are effectuated fully prior to their next election, while at the same time providing other bands with a reasonable amount of time to make the necessary adjustments for their own elections which are either already in process or about to begin.

[12] In summary, the Court will order that:

à la Constitution [...] L'interprétation atténuante [...] consiste à donner d'une loi une interprétation étroite afin d'éviter les difficultés constitutionnelles qu'en causerait une interprétation large.

[9] Je note en outre que ce mode de réparation a été retenu dans plusieurs cas analogues; voir : *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à la page 262; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 159; et *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 67. Dans la présente espèce, cette formule est préférable parce qu'elle permettrait de présenter des non-résidents à un poste électif conformément à la Charte, tout en maintenant la définition du terme « électeur », qui est importante pour le fonctionnement du système. Je dois signaler que notre Cour, avant d'arriver à cette décision, a aussi envisagé la séparation comme mesure corrective possible, mais qu'elle pense que l'adoption de cette solution risquerait d'entraîner d'autres difficultés.

[10] Cela étant, je pense que le jugement du juge des demandes devrait être annulé et remplacé par un jugement formulé suivant la proposition de l'avocat de l'appelant citée plus haut au paragraphe 5.

[11] Pour ce qui concerne la question du sursis à exécution, l'avocat de l'appelant demande qu'il soit prévu un certain délai pour l'organisation des activités nécessaires d'information, de consultation et d'adaptation, de préférence de neuf mois, encore qu'il ait déclaré qu'un sursis de deux mois serait acceptable. L'avocate des intimés tient à ce que le sursis ne dépasse pas deux mois, de manière que les premières mesures préparatoires aux prochaines élections, prévues pour novembre 2008, puissent être prises en fonction de la nouvelle situation déterminée par l'interprétation atténuante. À mon sens, un sursis de deux mois permettra la mise en application intégrale des droits des personnes concernées avant les prochaines élections de leur bande, tout en donnant aux autres bandes un délai suffisant pour faire les adaptations nécessaires en vue de leurs propres élections dont la préparation est déjà en cours ou sur le point de commencer.

[12] En résumé, la Cour ordonnera :

(1) The appeal should be allowed;

1) que l'appel soit accueilli;

(2) The judgment of the applications Judge should be set aside to be replaced by the following:

2) que le jugement du juge des demandes soit annulé et remplacé par le suivant :

Subsection 75(1) of the *Indian Act* violates section 15 of the Charter and is not justified by section 1 of the Charter and is therefore invalid to the extent that it prohibits electors who do not reside on the reserve from being nominated for the office of councillor.

Le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* enfreint l'article 15 de la Charte, n'est pas légitimé par application de l'article premier de celle-ci et est donc invalide, dans la mesure où il interdit aux électeurs ne résidant pas dans la réserve d'être présentés au poste de conseiller.

(3) The operation of this judgment should be stayed for two months from the date of this judgment.

3) qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement pendant deux mois à compter de sa date;

(4) The appellant will have the costs of the appeal.

4) que les dépens de l'appel soient adjugés à l'appelant.

NOËL J.A.: I agree.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je suis d'accord.

RYER J.A.: I agree.

LE JUGE RYER, J.C.A.: Je suis d'accord.