

T-2358-95

Chief and Council of the Shubenacadie Indian Band (*Applicant*)

v.

Canadian Human Rights Commission, Darlene MacNutt, Lolita Knockwood, John B. Pictou Jr. and Attorney General of Canada, representing the Minister of Indian Affairs and Northern Development (*Respondents*)

INDEXED AS: SHUBENACADIE INDIAN BAND v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)

Trial Division, Rothstein J.—Halifax, August 20; Calgary, October 30, 1997.

Native peoples — Shubenacadie Band Council administers federally funded welfare program — Denying social assistance to non-Indian spouses of Band members living on Reserve — CHRT finding Band guilty of race, marital status discrimination — Canadian Human Rights Act, s. 67 not interpreted as removing from scope of Act all Indian band council decisions — Immunizes only decisions authorized by Indian Act, Regulations — Discrimination not justified on basis of preserving Band's traditions, culture, languages — Right to administer federally funded welfare program originates from federal spending power, not from Aboriginal treaty rights.

Human rights — Human Rights Tribunal finding Indian Band guilty of discrimination based on race, marital status — Band denying social assistance benefits to non-Indian spouses of Band members living on Indian reserve — Band Council's policy allowing all non-Indian spouses to reside on Reserve — Social assistance not available from other sources — Non-Indian spouses members of "general public" for whom social assistance services customarily available on Reserve under CHRA, s. 5 — Act, s. 67 not precluding Tribunal's jurisdiction — No bona fide justification for discrimination.

Constitutional law — Distribution of powers — Social assistance provided to non-Indian spouses originating with federal spending power — Federal spending within Parliament's legislative authority under CHRA, s. 2 — Jurisdiction

T-2358-95

Chef et Conseil de la bande indienne de Shubenacadie (*requérant*)

c.

Commission canadienne des droits de la personne, Darlene MacNutt, Lolita Knockwood, John B. Pictou fils et procureur général du Canada, représentant le Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE SHUBENACADIE c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Rothstein—Halifax, 20 août; Calgary, 30 octobre 1997.

Peuples autochtones — Le Conseil de la bande indienne de Shubenacadie administre un programme de bien-être social financé par le gouvernement fédéral — Il refuse de verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens de membres de la bande demeurant dans la réserve — Le TCDP a conclu que le conseil de bande avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial — On ne peut dire que l'art. 67 de la Loi canadienne sur les droits de la personne enlève du champ de la Loi toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes — Il ne protège que les décisions autorisées par la Loi sur les Indiens et son Règlement — La préservation des traditions, de la culture et des langues de la bande ne justifie pas la discrimination — Le droit d'administrer un programme d'aide sociale financé par le gouvernement fédéral trouve sa source dans l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser et non dans les droits des Autochtones issus de traités.

Droits de la personne — Le tribunal des droits de la personne a conclu que le conseil de bande avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial — Le conseil de bande refuse de verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens de membres de la bande demeurant dans la réserve — La politique du conseil de bande autorise tous les conjoints non indiens à demeurer dans la réserve — L'aide sociale ne peut être reçue d'autres sources — Les conjoints non indiens, dans le contexte de l'art. 5 de la LCDP, font partie du «public» à qui des services d'aide sociale sont destinés dans la réserve — L'art. 67 de la Loi ne prive pas le tribunal de sa compétence — Absence de motif justifiable de discrimination.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'aide sociale fournie aux conjoints non indiens trouve sa source dans le pouvoir fédéral de dépenser — Le pouvoir fédéral de dépenser figure parmi les compétences législatives du

of Human Rights Tribunal over Band Council's distribution of social assistance funds not "regulation" of provincial matter — Band Council statutory body under Indian Act, subject to CHRA — Indian Act not conferring authority on Band Council to decide on eligibility for social assistance.

This was an application for judicial review of a Human Rights Tribunal's decision on the eligibility for social assistance payments of non-Indian spouses of Indian band members living on a Nova Scotia Indian reserve. Two of the three complainants (respondents), who are status Indians, claimed social assistance from the Council of the Shubenacadie Indian Band, which administers a welfare program funded by the federal government, and included their non-Indians spouses as dependents. The third complainant is a non-Indian married to a male Indian who also claimed for social assistance and included his wife as dependent. Prior to April 1992, the Band Council granted social assistance in respect of female non-Indian spouses, but since then, it has refused social assistance in respect of all non-Indians living on the Reserve to avoid any complaint of discrimination on account of gender. The Tribunal found that the applicant had discriminated against the three complainants on account of race and marital status. However, this case does not involve discrimination on the basis of marital status or gender, but only discrimination on the basis of race. Three main issues were raised: (1) whether the three complainants are members of the relevant "general public" eligible to benefit from the social assistance program; (2) whether section 67 of the *Canadian Human Rights Act* protects the Band Council's decision on social assistance eligibility from human rights review and (3) whether the preservation of the Band's traditions, culture and languages is a *bona fide* justification for discrimination.

Held, the application should be dismissed.

(1) Section 5 of the *Canadian Human Rights Act* prohibits discrimination in the provision of services which are customarily available to the general public. Under subsection 3.01(2) of the Native Community Services Guidelines, Policies and Procedures, social assistance may be provided to specific categories of non-Indians permitted to reside on a Reserve as per the Band's policy regarding residency status provided such assistance is not available from other sources. Therefore, not every non-Indian residing on the Reserve is eligible for social assistance. The Band Council did not have a policy against male non-Indian spouses residing on the Reserve. It also had no policy of excluding female non-Indian spouses from the Reserve. The authority

Parlement prévues à l'art. 2 de la LCDP — Le Tribunal des droits de la personne ne «réglemente» pas une matière de compétence provinciale parce qu'il a le pouvoir de statuer sur la manière dont le conseil de bande distribue les fonds d'aide sociale — Le conseil de bande est un organisme administratif établi en vertu de la Loi sur les Indiens et soumis à la LCDP — La Loi sur les Indiens ne donne pas au conseil de bande le pouvoir de prendre des décisions en matière d'admissibilité à l'aide sociale.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal des droits de la personne sur la question de savoir si les conjoints non indiens de membres d'une bande vivant dans une réserve indienne en Nouvelle-Écosse étaient admissibles à des prestations d'aide sociale. Deux des trois plaignants (intimés), qui sont des Indiens inscrits, ont demandé des prestations d'aide sociale au conseil de la bande indienne de Shubenacadie, qui administre un programme de bien-être social financé par le gouvernement fédéral, et dans leur demande, ils ont inclus leurs conjoints non indiens à titre de personnes à charge. La troisième plaignante est une non-Indienne mariée à un Indien qui a également demandé au conseil de bande des prestations d'aide sociale pour lui-même et pour son épouse à titre de personne à charge. Avant avril 1992, le conseil de bande versait des prestations d'aide sociale aux épouses non indiennes, mais depuis lors, il refuse de verser des prestations à tous les non-Indiens demeurant dans la réserve, et ce, pour éviter toute plainte pour discrimination fondée sur le sexe. Le Tribunal a conclu que le requérant avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial contre les trois plaignants. Cependant, cette affaire ne concerne pas une discrimination fondée sur l'état matrimonial ou sur le sexe, mais seulement une discrimination fondée sur la race. Trois principales questions litigieuses ont été soulevées: 1) les trois plaignants sont-ils des membres du «public» admissibles au programme d'aide sociale?; 2) l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soustrait-elle au contrôle en matière de droits de la personne les décisions du conseil de bande touchant l'admissibilité à l'aide sociale?; 3) la préservation des traditions, de la culture et des langues de la bande justifie-t-elle la discrimination?

Jugement: la demande doit être rejetée.

1) L'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdit aux fournisseurs de services destinés au public d'exercer une discrimination. En vertu du paragraphe 3.01(2) des lignes directrices, politiques et procédures des services communautaires autochtones, des prestations d'aide sociale peuvent être versées à des catégories particulières de non-Indiens autorisés à résider dans une réserve en vertu de la politique de la bande se rapportant au statut de résident, pour autant qu'une aide semblable ne soit pas reçue d'autres sources. En conséquence, les non-Indiens qui résident dans la réserve ne sont pas tous admissibles à l'aide sociale. Le conseil de bande n'avait aucune politique interdisant aux conjoints non indiens de sexe masculin de

given to female non-Indian spouses to reside on the Reserve must apply to male non-Indian spouses and can only be construed as allowing all non-Indian spouses to reside on the Reserve. The individual respondents had either applied for or inquired as to social assistance from the province or municipality but were advised that this was unavailable. Social assistance was not available from other sources and non-Indian spouses residing on the Reserve fall within the specific categories of non-Indians recognized by subsection 3.01(2) of the Guidelines. Since the Band Council has allowed non-Indian spouses to reside on the Reserve in accordance with Band policy and because social assistance is not available from other sources, these spouses must be considered to be members of the "general public" for whom social assistance services are customarily available on the Reserve as required by section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. The word "may" in section 3.01 of the Guidelines should not be read as granting to the Band Council discretion to refuse welfare to Band members or non-Indians who otherwise on "objective criteria" qualify for welfare.

(2) The applicant's decision not to extend social assistance benefits to non-Indian spouses is not one contemplated by section 67 of the *Canadian Human Rights Act*. There was no evidence to suggest that that decision was made pursuant to a provision of the *Indian Act*. Section 67 should not be interpreted as taking out of the scope of the *Canadian Human Rights Act* all decisions of Indian band councils provided they are made under the *Indian Band Council Procedure Regulations*. It immunizes decisions authorized by the *Indian Act* and Regulations, but not all decisions made by Indian band councils.

(3) The *bona fide* justification provision is found in paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*. The Tribunal was entitled to find that the decision to deny social assistance to non-native spouses was not made in good faith, which is an essential component to establish a *bona fide* justification. On this aspect of its findings, the Tribunal was entitled to deference from the Court. The Band Council did pay welfare to female non-Indian spouses prior to 1992, which is inconsistent with its justifications and suggests that these justifications are not genuine. With respect to the standard of proof, the case law is clear that the civil standard of proof, namely a balance of probabilities, is the appropriate standard required to establish a *bona fide* justification. While a *bona fide* justification may not require the strongest possible evidence, it is still necessary to prove the need for the discriminatory rule with convincing evi-

demeurer dans la réserve. Il n'y avait pas non plus de politique interdisant aux conjoints non indiens de sexe féminin de demeurer dans la réserve. La politique du conseil de bande admet une seule interprétation: le droit des conjoints non indiens de sexe féminin de demeurer dans la réserve doit aussi être accordé aux conjoints non indiens de sexe masculin. Les intimés avaient demandé des prestations d'aide sociale à la province ou à la municipalité ou encore s'étaient renseignés sur cette question, mais on les a informés qu'ils n'étaient pas admissibles à une telle aide. Une aide sociale ne pouvait être obtenue par eux d'autres sources, et les conjoints non indiens demeurant dans la réserve font partie des catégories particulières de non-Indiens reconnues par le paragraphe 3.01(2) des lignes directrices. Vu que le conseil de bande autorisait les conjoints non indiens à demeurer dans la réserve conformément à la politique de la bande, et puisqu'une aide sociale ne peut être obtenue d'autres sources, ces conjoints doivent, dans le contexte de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, être considérés comme partie du «public» à qui des services d'aide sociale sont destinés dans la réserve. Le mot «peuvent», à l'article 3.01 des lignes directrices, ne donne pas au conseil de bande le pouvoir discrétionnaire de refuser des prestations d'aide sociale aux membres de la bande ou aux non-Indiens qui par ailleurs, selon des «critères objectifs», sont admissibles à des prestations d'aide sociale.

2) La décision du requérant de ne pas verser de prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens n'est pas visée par l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Aucun élément de preuve ne laisse entendre que la décision a été prise en vertu d'une disposition de la *Loi sur les Indiens*. On ne peut pas dire que l'article 67 enlève du champ de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes dans la mesure où elles sont prises en vertu du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens*. Il protège les décisions autorisées par la *Loi sur les Indiens* et par son Règlement, mais non toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes.

3) L'alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est la disposition qui concerne le motif justifiable. Le tribunal avait le droit de conclure que la décision de refuser des prestations d'aide sociale aux conjoints non autochtones n'a pas été prise de bonne foi, la bonne foi étant un élément essentiel pour établir l'existence d'un motif justifiable. La Cour doit faire preuve de réserve à l'égard de cet aspect des conclusions du tribunal. Le conseil de bande versait d'ailleurs des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens de sexe féminin avant 1992, ce qui ne concorde pas avec les justifications fournies par le conseil de bande et laisse croire qu'elles ne sont pas sincères. Quant à la norme de preuve, la jurisprudence fait apparaître clairement que la norme civile de la preuve, c'est-à-dire la probabilité la plus forte, est la norme à appliquer pour établir l'existence d'un motif justifiable. Même si un motif justifiable ne

dence and, if necessary, expert evidence.

A number of arguments, which were not initially advanced before the Human Rights Tribunal, were developed in the present application. One of these arguments was that the Court, on judicial review, has no jurisdiction to deal with issues not raised before the Tribunal. The Court found it appropriate to consider the new jurisdictional arguments raised by the applicant. First, it was required to determine whether Parliament has the ability to provide the social assistance in question. The welfare program respecting non-Indian spouses originates with the exercise of the federal spending power. Money has been appropriated by Parliament, placed in the budget of Indian Affairs and Northern Development and then provided to the Band Council to distribute in accordance with the annual funding agreements. The federal spending power is within the legislative authority of Parliament, even when exercised in relation to provincial matters, and does not amount to regulation. The Band Council is a statutory body constituted by Parliament under the *Indian Act* and subject to the *Canadian Human Rights Act*. Second, sections 15 and 25 of the Charter, invoked by the applicant, are inapplicable. Section 25 is not independently enforceable, but acts as a shield to protect Aboriginal, treaty and other rights from being adversely affected by the Charter. This case did not arise under section 15 or any other section of the Charter, but involves a challenge under section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. The right to administer a welfare program funded by the federal government does not derive from any Aboriginal treaty or other right or freedom that pertains to the Aboriginal peoples of Canada. The Charter does not give band council decisions general immunity from human rights review. Third, the argument raised by the applicant, that the social assistance program is an ameliorative program within the meaning of section 16 of the *Canadian Human Rights Act*, could not be raised for the first time on judicial review. In any case, the refusal to provide social assistance to the respondents is not protected by that provision.

requiert pas nécessairement la preuve la plus solide possible, il demeure nécessaire de prouver la nécessité de la règle discriminatoire au moyen d'une preuve convaincante et, si nécessaire, une preuve d'expert.

Un certain nombre d'arguments, qui n'ont pas été invoqués devant le tribunal des droits de la personne, ont été développés pour la première fois durant le présent contrôle judiciaire. L'un de ces arguments était que, dans une procédure de contrôle judiciaire, la Cour n'a pas compétence pour aborder des aspects non soulevés devant le tribunal. La Cour a conclu qu'il était opportun d'examiner les nouveaux arguments soulevés par le requérant en ce qui concerne la compétence. Premièrement, la Cour devait se demander si le Parlement avait le pouvoir d'aménager l'aide sociale en question. Le programme d'aide sociale à l'égard duquel a été prise la décision se rapportant aux conjoints indiens trouve sa source dans l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser. Des sommes ont été affectées par le Parlement, inscrites dans le budget du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, puis attribuées au conseil de bande pour qu'il les distribue en conformité avec les ententes annuelles de financement. Le pouvoir fédéral de dépenser figure parmi les compétences législatives du Parlement, même lorsqu'il est exercé dans des matières de compétence provinciale, et il n'équivaut pas à une réglementation. Le conseil de bande est un organisme administratif établi par le législateur fédéral en vertu de la *Loi sur les Indiens* et il est soumis à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Deuxièmement, les articles 15 et 25 de la Charte, que le requérant a invoqués, ne s'appliquent pas. L'article 25 ne s'applique pas de façon autonome, mais tient lieu de bouclier qui protège les droits des Autochtones, qu'ils soient ancestraux, issus de traités ou autres, contre les conséquences négatives possibles de la Charte. La présente affaire ne fait pas intervenir l'article 15 de la Charte ni une autre disposition de ce texte. Il s'agit plutôt d'une contestation qui concerne l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le droit d'appliquer un programme d'aide sociale financé par le gouvernement fédéral ne dérive pas d'un quelconque traité autochtone ou d'un droit ou d'une liberté propre aux peuples autochtones du Canada. La Charte ne saurait conférer aux décisions des conseils de bande une immunité générale en les soustrayant à la procédure de contrôle des droits de la personne. Troisièmement, l'argument du requérant selon lequel le programme d'aide sociale constitue une mesure de promotion sociale au sens de l'article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne pouvait être soulevé pour la première fois dans une procédure de contrôle judiciaire. De toute façon, le refus de verser des prestations d'aide sociale aux intimés n'est pas légitimé par cette disposition.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part
I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue
la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, an-

Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 15, 25.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 5, 15, 16, 40(2),(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 31, s. 62), 67.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 63(2).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 28, 30.
Indian Band Council Procedure Regulations, C.R.C., c. 950.

nexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15, 25.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 5, 15, 16, 40(2),(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.)), ch. 31, art. 62), 67.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 63(2).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 28, 30.
Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens, C.R.C., ch. 950.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

University of British Columbia v. Berg, [1993] 2 S.C.R. 353; (1993), 102 D.L.R. (4th) 665; 79 B.C.L.R. (2d) 273; 13 Admin. L.R. (2d) 141; 26 B.C.A.C. 241; 18 C.H.R.R. D/310; 152 N.R. 99; 44 W.A.C. 241; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161.

DISTINGUISHED:

Toussaint v. Conseil canadien des relations du travail et al. (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.); *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; (1989), 58 D.L.R. (4th) 475; 37 Admin. L.R. 59; 96 N.R. 34 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Desjarlais (Re), [1989] 3 F.C. 605; (1989), 12 C.H.R.R. D/466; [1990] 1 C.N.L.R. 39; 102 N.R. 71 (C.A.).

REFERRED TO:

Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services) (1988), 52 D.L.R. (4th) 253; [1988] 5 W.W.R. 446; 9 C.H.R.R. D/5181 (Sask. C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Ontario*

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Université de la Colombie-Britannique c. Berg, [1993] 2 R.C.S. 353; (1993), 102 D.L.R. (4th) 665; 79 B.C.L.R. (2d) 273; 13 Admin. L.R. (2d) 141; 26 B.C.A.C. 241; 18 C.H.R.R. D/310; 152 N.R. 99; 44 W.A.C. 241; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; 38 N.R. 541; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; [1991] 6 W.W.R. 1; 58 B.C.L.R. (2d) 1; 127 N.R. 161.

DISTINCTION FAITE AVEC:

Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail et al. (1993), 160 N.R. 396 (C.A.F.); *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; (1989), 58 D.L.R. (4th) 475; 37 Admin. L.R. 59; 96 N.R. 34 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE:

Desjarlais (Re), [1989] 3 C.F. 605; (1989), 12 C.H.R.R. D/466; [1990] 1 C.N.L.R. 39; 102 N.R. 71 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services) (1988), 52 D.L.R. (4th) 253; [1988] 5 W.W.R. 446; 9 C.H.R.R. D/5181 (C.A. Sask.); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Commis-*

Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733; (1995), 128 D.L.R. (4th) 193; 14 C.C.E.L. (2d) 177; 95 CLLC 230-033; 24 C.H.R.R. D/11; 188 N.R. 124; 86 O.A.C. 81; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120; (1972), 27 D.L.R. (3d) 608; [1972] 5 W.W.R. 581; [1972] C.T.C. 385; *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71; [1985] 2 W.W.R. 711; 36 Alta. L.R. (2d) 27; 10 Admin. L.R. 229; 28 M.P.L.R. 235 (C.A.); *Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons, Re*, [1970] 2 O.R. 438; (1970), 11 D.L.R. (3d) 148 (H.C.); *Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; 206 N.R. 85 (F.C.A.); *Ardoch Algonquin First Nation v. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (Ont. C.A.); *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387; 117 D.L.R. (4th) 297; 94 CLLC 17,030; 73 O.A.C. 20 (C.A.).

sion ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733; (1995) 128 D.L.R. (4th) 193; 14 C.C.E.L. (2d) 177; 95 CLLC 230-033; 24 C.H.R.R. D/11; 188 N.R. 124; 86 O.A.C. 81; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; 40 C.R.R. (2d) 81; 204 N.R. 1; *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) v. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; (1972), 27 D.L.R. (3d) 608; [1972] 5 W.W.R. 581; [1972] C.T.C. 385; *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71; [1985] 2 W.W.R. 711; 36 Alta. L.R. (2d) 27; 10 Admin. L.R. 229; 28 M.P.L.R. 235 (C.A.); *Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons, Re*, [1970] 2 O.R. 438; (1970), 11 D.L.R. (3d) 148 (H.C.); *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 142 D.L.R. (4th) 122; 206 N.R. 85 (C.A.F.); *Ardoch Algonquin First Nation v. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (C.A. Ont.); *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387; 117 D.L.R. (4th) 297; 94 CLLC 17,030; 73 O.A.C. 20 (C.A.).

AUTHORS CITED

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, 1992.

APPLICATION for judicial review of a Human Rights Tribunal's decision ([1995] C.H.R.D. No. 14 (QL)) that the applicant had discriminated against the individual respondents on account of race and marital status contrary to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. Application dismissed.

COUNSEL:

Bruce H. Wildsmith, Q.C., for applicant.
Margaret Rose Jamieson for respondent Canadian Human Rights Commission.
Michael F. Donovan for respondent Attorney General of Canada.

SOLICITORS:

Bruce H. Wildsmith, Q.C., Barss Corner, Nova Scotia, for applicant.

DOCTRINE

Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed., Scarborough: Carswell, 1992.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal des droits de la personne ([1995] D.C.D.P. n° 14 (QL)) selon laquelle le requérant a exercé contre les particuliers intimés une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial, contrevenant ainsi à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Demande rejetée.

AVOCATS:

Bruce H. Wildsmith, c.r., pour le requérant.
Margaret Rose Jamieson, pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.
Michael F. Donovan, pour le procureur général du Canada, intimé.

PROCUREURS:

Bruce H. Wildsmith, c.r., Barss Corner (Nouvelle-Écosse), pour le requérant.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.: This is a judicial review of a decision by a Human Rights Tribunal, dated October 11, 1995 [[1995] C.H.R.D. No. 14 (QL)], which found that the applicant had discriminated against the three complainants named in the style of cause, on account of race and marital status.¹ This case involves the eligibility for social assistance payments of non-Indian spouses of Indian members of the Shubenacadie Indian Band living on the Shubenacadie Indian Reserve in Nova Scotia.²

[2] The basic facts are straightforward. All of the claimants live on the Shubenacadie Indian Reserve in Nova Scotia. The respondents Darlene MacNutt and John B. Pictou, Jr. are status Indians. They claimed social assistance from the Band Council, which administers a welfare program funded by the federal government, and included their spouses, Gordon MacNutt and Christine Pictou, respectively, as dependents. Their spouses are not Indians. The respondent Lolita Knockwood is a non-Indian married to Garfield Knockwood, an Indian. Garfield Knockwood applied to the Band Council for social assistance and included his wife as a dependent.

[3] Prior to April 1992, the Band Council granted social assistance in respect of female non-Indian spouses, and up to that time social assistance was paid in respect of the two female respondents. Commencing in April 1992, the Band Council refused social assistance in respect of all non-Indians living on the Reserve. This change was intended to avoid any complaint of discrimination on account of gender.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

Le sous-procureur général du Canada, pour le procureur général du Canada, intimé.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN: Le requérant demande le contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal des droits de la personne, en date du 11 octobre 1995 [[1995] D.C.D.P. n° 14 (QL)], dans laquelle le tribunal était arrivé à la conclusion que le requérant avait exercé une discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial contre les trois plaignants nommés dans l'intitulé¹. Il s'agit de savoir si les conjoints non indiens de membres indiens de la bande indienne Shubenacadie vivant dans la réserve indienne Shubenacadie, en Nouvelle-Écosse, sont admissibles à des prestations d'aide sociale².

[2] Les faits sont simples. Tous les réclamants vivent dans la réserve indienne Shubenacadie, en Nouvelle-Écosse. Les intimés Darlene MacNutt et John B. Pictou fils sont des Indiens inscrits. Ils ont demandé des prestations d'aide sociale au conseil de bande, qui administre un programme de bien-être social financé par le gouvernement fédéral, et dans leur demande ils ont inclus leurs conjoints, Gordon MacNutt et Christine Pictou, respectivement, à titre de personnes à charge. Lesdits conjoints ne sont pas des Indiens. L'intimée Lolita Knockwood est une non-Indienne, épouse de Garfield Knockwood, un Indien. Garfield Knockwood a demandé au conseil de bande des prestations d'aide sociale, pour lui-même et pour son épouse à titre de personne à charge.

[3] Avant avril 1992, le conseil de bande versait des prestations d'aide sociale aux épouses non indiennes, et jusqu'alors des prestations avaient été payées aux deux femmes intimées. À compter d'avril 1992, le conseil de bande a refusé de verser des prestations à tous les non-Indiens demeurant dans la réserve. Par ce changement, on voulait éviter toute plainte pour discrimination fondée sur le sexe.

[4] Applications were made to the Canadian Human Rights Commission alleging that the Chief and Council were discriminating on the basis of gender, race and marital status. A Human Rights Tribunal found that the complaints were justified and awarded compensation. The applicant now seeks judicial review of that decision.

[5] I note that this case does not really involve discrimination on the basis of marital status or gender. Gender discrimination deals with distinctions between males and females. Although prior to 1992 the Band Council did decline social assistance in respect of non-Indian males living on the Reserve, the practice of treating male and female non-Indian spouses differently has ceased and was not an issue in this judicial review. Similarly, discrimination on the basis of marital status typically involves distinctions between persons who are single, married or living in common law relationships. However, all of the individuals involved in this case are married and do not claim that others, either common law or single, are being treated differently in the provision of social assistance. Although the Tribunal considered marital status in addition to race, the real issue involved, as will become clear from these reasons, and indeed the sole issue argued before this Court, was discrimination on the basis of race.

I. THE ISSUES

[6] The Tribunal found that the Band Council's refusal to provide social assistance in respect of non-Indian spouses of Band members contravened section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. The applicant now seeks judicial review of the Tribunal's decision on the following grounds:

(1) that the three complainants are not members of the relevant "general public" eligible to benefit from the social assistance program;

[4] Des demandes furent présentées à la Commission canadienne des droits de la personne, dans lesquelles on affirmait que le chef et le conseil exerçaient une discrimination fondée sur le sexe, la race et l'état matrimonial. Un tribunal des droits de la personne jugea que les plaintes étaient justifiées et accorda réparation. Le requérant demande aujourd'hui le contrôle judiciaire de cette décision.

[5] J'observe que cette affaire ne concerne pas vraiment une discrimination fondée sur l'état matrimonial ou sur le sexe. La discrimination fondée sur le sexe se rapporte aux distinctions entre personnes de sexe masculin et personnes de sexe féminin. Avant 1992, le conseil de bande refusait bien de verser des prestations aux hommes non indiens demeurant dans la réserve, mais la pratique consistant à traiter différemment les conjoints non indiens en fonction de leur sexe a cessé et n'est pas en litige dans le présent contrôle judiciaire. La discrimination fondée sur l'état matrimonial concerne en général quant à elle les distinctions entre personnes qui sont célibataires, celles qui sont mariées et celles qui vivent en union de fait. Cependant, toutes les personnes concernées par la présente affaire sont mariées et ne prétendent pas que d'autres, qu'il s'agisse de conjoints de fait ou de célibataires, sont traitées différemment pour ce qui est des prestations d'aide sociale. Le tribunal a examiné, outre la question de la race, celle de l'état matrimonial, mais la question véritable, et d'ailleurs la seule question débattue devant la Cour fédérale, a été la discrimination fondée sur la race. On le verra à la lecture des présents motifs.

I. POINTS EN LITIGE

[6] Le tribunal a jugé que le refus du conseil de bande de verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens des membres de la bande contrevenait à l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le requérant demande maintenant le contrôle judiciaire de la décision du tribunal, sur le fondement des moyens suivants:

(1) les trois plaignants ne sont pas des membres du «public» admissibles à bénéficier du programme d'aide sociale;

(2) that section 67 of the *Canadian Human Rights Act* protects the Band Council's decision on social assistance eligibility from human rights review;

(3) that if the Band Council's decision is discriminatory, the preservation of the Band's traditions, culture and languages is a *bona fide* justification for the discrimination.

1. Are non-Indian spouses included in the relevant general public?

[7] Section 5 of the *Canadian Human Rights Act* prohibits discrimination in the provision of services which are customarily available to the general public:

5. It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

[8] The applicant argues that non-Indians are not part of the relevant "general public" eligible for social assistance provided through the Band Council. Therefore, denying non-Indians welfare does not constitute discrimination. Since the general public in this case consists of Indian members of the Shubenacadie Band, the Band Council claims there has been no denial of welfare to any member of this group.

[9] The approach to follow in determining the "general public" is outlined by the Supreme Court of Canada in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at page 383, *per* Lamer C.J.:

Therefore, I would reject any definition of "public" which refuses to recognize that any accommodation, service or facility will only ever be available to a subset of the public. Students admitted to a university or school within the university, or people who enter into contracts of insurance with a public insurer, or people who open accounts with financial institutions, become the "public" for that service.

(2) l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soustrait au contrôle en matière de droits de la personne les décisions du conseil de bande touchant l'admissibilité à l'aide sociale;

(3) si la décision du conseil de bande est discriminatoire, alors la préservation des traditions, de la culture et des langues de la bande justifie la discrimination.

1. Les conjoints non-indiens font-ils partie de la notion de «public»?

[7] L'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdit aux fournisseurs de services destinés au public d'exercer une discrimination.

5. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public:

a) d'en priver un individu;

b) de le défavoriser à l'occasion de leur fourniture.

[8] Le requérant soutient que les non-Indiens ne font pas partie du «public» admissible à l'aide sociale qui est fournie par l'entremise du conseil de bande. Par conséquent, le fait de refuser des prestations d'aide sociale aux non-Indiens ne constitue pas une discrimination. Puisque le public se compose ici d'Indiens membres de la bande Shubenacadie, le conseil de bande affirme qu'il n'y a pas eu refus de prestations à l'égard d'un membre quelconque de ce groupe.

[9] La marche à suivre pour définir ce qu'il faut entendre par «public» a été décrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, à la page 383 (le juge en chef Lamer):

Je rejetterais donc toute définition du mot «public» qui refuse de reconnaître qu'un logement, des services ou des installations ne seront toujours offerts qu'à un sous-ensemble du public. Les étudiants admis à une université ou à une école au sein de l'université, ou les personnes qui passent des contrats d'assurance avec un assureur public, ou les gens qui ouvrent des comptes dans des institutions financières

Every service has its own public, and once that “public” has been defined through the use of eligibility criteria, the Act prohibits discrimination within that public.

[10] At page 384:

Eligibility criteria, as long as they are non-discriminatory, are a necessary part of most services, in that they ensure that the service reaches only its intended beneficiaries, its “public”, thereby avoiding overuse and unnecessary depletion of scarce resources. The benefits of such screening tools, however, should not come at the cost of excluding the protection of human rights legislation.

This is not to say that all of the activities of an accommodation, service or facility provider are necessarily subject to scrutiny under the Act just because some are.

... in determining which activities of the School are covered by the Act, one must take a principled approach which looks to the relationship created between the service or facility provider and the service or facility user by the particular service or facility. Some services or facilities will create public relationships between the School’s representatives and its students, while other services or facilities may establish only private relationships between the same individuals. [Emphasis in original.]

[11] And at page 386:

The idea of defining a “client group” for a particular service or facility focuses the inquiry on the appropriate factors of the nature of the accommodation, service or facility and the relationship it establishes between the accommodation, service or facility provider and the accommodation, service or facility user, and avoids the anomalous results of a purely numerical approach to the definition of the public. Under the relational approach, the “public” may turn out to contain a very large or very small number of people.

I would summarize the approach in this way:

(1) The term “general public” does not refer to the public at large. It is a subset of the public defined through the use of non-discriminatory eligibility criteria.

(2) The term “general public” refers to those who enjoy a “public relationship” with the service provider.

deviennent le «public» en ce qui concerne ces services. Chaque service a son propre public et, une fois que ce «public» a été défini au moyen de critères d’admissibilité, la Loi interdit d’établir des distinctions au sein de ce public.

[10] Et à la page 384:

Les critères d’admissibilité, pourvu qu’ils ne soient pas discriminatoires, font nécessairement partie de la plupart des services, en ce sens qu’ils garantissent que les services sont offerts seulement aux bénéficiaires qu’ils visent, c.-à-d. leur «public», évitant ainsi l’utilisation abusive et l’épuisement inutile de ressources rares. Les avantages de tels outils de sélection, cependant, ne devraient pas être acquis au prix de l’exclusion de la protection des lois en matière de droits de la personne.

Cela ne veut pas dire que toutes les activités d’un fournisseur de logement, de services ou d’installations sont nécessairement assujetties à un examen fondé sur la Loi uniquement parce que certaines le sont.

... pour déterminer quelles activités de l’École sont visées par la Loi, on doit avoir recours à une méthode fondée sur des principes qui tiennent compte de la relation que les services ou les installations particuliers créent entre le fournisseur de services ou d’installations et l’usager des services ou des installations. Certains services ou installations créeront des relations publiques entre les représentants de l’École et ses étudiants, tandis que d’autres services ou installations pourront établir seulement des relations privées entre les mêmes individus. [Souligné dans l’original.]

[11] Et à la page 386:

L’idée de définir un «groupe client» pour des services ou des installations particuliers fait porter l’enquête sur les facteurs appropriés de la nature du logement, des services ou des installations et sur la relation qu’ils établissent entre le fournisseur de logement, de services ou d’installations et l’usager du logement, des services ou des installations, et elle permet d’éviter les résultats anormaux d’une méthode purement numérique de définition du public. Selon la méthode relationnelle, il peut s’avérer que le «public» comprend un très grand nombre ou un très petit nombre de personnes.

Je résumerais la démarche de la façon suivante:

(1) Le mot «public» ne s’entend pas du public au sens large. Il s’agit d’un sous-ensemble du public, défini au moyen de critères non discriminatoires d’admissibilité.

(2) Le mot «public» s’entend des personnes qui bénéficient d’une «relation publique» avec le fournis-

Once the relevant subset of the general public is defined, the *Canadian Human Rights Act* prohibits discrimination within that subset.

(3) In *Berg*, the Court concluded that a public relationship existed where a publicly-funded university made its facilities and resources available to all who had been admitted as students.

[12] In the case at bar, the Government of Canada and the Shubenacadie Indian Band entered into annual contracts which stipulated that the Government would provide funding for social assistance on the Reserve, and that the Band Council would be responsible for administering the social assistance program in accordance with the provisions of the contract. The annual contracts were between Her Majesty the Queen in Right of Canada, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development, and the Band, as represented by the Band Council. I will refer to the 1992/93 contract as representative of all relevant years, except where a relevant provision is different in another year's contract. Section 1 of the agreement provides in part:

1. The purpose of this Arrangement is to describe the responsibilities and obligations of the Department and the First Nation.

Section 2 sets forth that welfare is to be provided by the Band in accordance with the Program Administration Manual. The Program Administration Manual provides in part:

The First Nation agrees to administer Social Assistance funds to provide for basic needs, special needs and service delivery in accordance with the program standards described in the First Nation's Social Assistance Manuals for New Brunswick and Nova Scotia,³ which may be amended from time to time.

[13] Section 3.01 of the Guidelines sets forth who may be provided social assistance:

seur de services. Une fois défini le sous-ensemble opportun du public, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdit les distinctions à l'intérieur de ce sous-ensemble.

(3) Dans l'arrêt *Berg*, la Cour est arrivée à la conclusion qu'il existe une relation publique lorsqu'une université financée par des fonds publics met ses installations et ressources à la disposition de tous ceux qui ont été admis comme étudiants.

[12] En l'espèce, le gouvernement du Canada et la bande indienne Shubenacadie ont conclu des ententes annuelles prévoyant que le gouvernement verserait des crédits à l'intention des bénéficiaires de l'aide sociale demeurant dans la réserve et qu'il appartiendrait au conseil de bande d'administrer le programme d'aide sociale en conformité avec les dispositions de l'entente. Les ententes annuelles étaient conclues entre, d'une part, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord, et, d'autre part, la bande, représentée par le conseil de bande. Je me référerai à l'entente de 1992-1993, représentative à mon avis de toutes les années qui nous intéressent, sauf lorsqu'une disposition sera formulée différemment dans l'entente d'une autre année. L'article 1 de l'entente est rédigé en partie ainsi:

1. L'objet du présent arrangement est de décrire les responsabilités et obligations du Ministère et de la Première Nation.

L'article 2 prévoit que les prestations doivent être versées par la bande en conformité avec le Guide d'administration du programme. Le Guide d'administration du programme mentionne ce qui suit:

[TRADUCTION] La Première Nation s'engage à administrer les fonds d'aide sociale de manière à satisfaire aux besoins fondamentaux, aux besoins spéciaux et aux services requis en conformité avec les normes décrites dans le Manuel d'aide sociale des Premières Nations pour le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse³, manuel qui pourra à l'occasion être modifié.

[13] L'article 3.01 des lignes directrices précise les personnes qui peuvent recevoir des prestations d'aide sociale:

3.01 Social Assistance may be provided to:

- (1) registered Indians resident on Reserves or on land, the legal title to which is vested in Her Majesty the Queen, in the Right of Canada;
- (2) specific categories of non-Indians permitted to reside on a Reserve as per the Band's policy regarding residency status provided such assistance is not available from other sources, e.g.:
 - (a) persons of former Indian status who return to Reserves because of desertion, divorce or death of their spouses or parents, or for other reasons (that is Bill C-31);
 - (b) persons either living with their mother or in care of friends or relatives on a Reserve;
 - (c) un-registered children of Indian families;
 - (d) children apprehended on a Reserve and whose residence cannot be established in a community other than the Reserve;
 - (e) other non-Indians who reside on-Reserve in accordance with Band policy.

Section 3.01 determines the general public eligible for the social assistance program. It is of some significance that the examples listed in subsection 3.01(2) are examples only and not conditions which must strictly be met in order to qualify. The binding qualifying term is in the main part of subsection 3.01(2):

(1) that the specific categories of non-Indians are permitted to reside on the Reserve as per the Band's policy; and

(2) that social assistance not be available from other sources.

[14] It can readily be seen that not every non-Indian residing on the Reserve is eligible for social assistance. The categories listed as examples in subsection 2 appear to be non-Indians having a personal (as opposed to a business) relationship with the Band or members of the Band. Thus non-Indians who may be

3.01 Des prestations d'aide sociale peuvent être versées:

- (1) aux Indiens inscrits demeurant dans des réserves ou sur des terres dont le titre est dévolu à Sa Majesté la Reine du chef du Canada;
- (2) à des catégories particulières de non-Indiens autorisés à résider dans une réserve en vertu de la politique de la bande se rapportant au statut de résident, pour autant qu'une aide semblable ne soit pas reçue d'autres sources, c'est-à-dire:
 - (a) aux personnes qui ont déjà eu le statut d'Indien et qui retournent dans les réserves à cause d'un abandon ou d'un divorce ou à cause du décès de leurs conjoints ou de leurs parents, ou pour d'autres raisons (se référer au projet de loi C-31);
 - (b) aux personnes qui soit vivent avec leur mère, soit sont sous la garde d'amis ou de parents dans une réserve;
 - (c) aux enfants non inscrits de familles indiennes;
 - (d) aux enfants qui sont arrêtés dans une réserve et dont le lieu de résidence ne peut être rattaché à une collectivité, si ce n'est la réserve;
 - (e) aux autres non-Indiens qui résident dans la réserve conformément à la politique de la bande.

L'article 3.01 définit le public admissible au programme d'aide sociale. Il est significatif que les exemples énumérés au paragraphe 3.01(2) sont des exemples seulement et non des conditions qui doivent être strictement remplies avant qu'il n'existe un droit à l'aide sociale. Les conditions d'admissibilité obligatoires se trouvent dans la partie principale du paragraphe 3.01(2):

(1) que les catégories particulières de non-Indiens soient autorisées à résider dans la réserve en vertu de la politique de la bande; et

(2) qu'une aide sociale ne soit pas reçue d'autres sources.

[14] On peut voir d'emblée que les non-Indiens qui résident dans la réserve ne seront pas tous admissibles à l'aide sociale. Les catégories énumérées comme exemples au paragraphe 2 semblent se rapporter aux non-Indiens qui ont des relations personnelles (par opposition à des relations d'affaires) avec la bande ou

leaseholders of land on a reserve or who may simply be employees of the Band do not seem to be covered. The example that most closely relates to the facts in this case is (e) “other non-Indians who reside on reserve in accordance with Band policy”.

(i) Band policy on residency

[15] I was not told of any express Band policy respecting residency on the Reserve of non-Indian spouses of Band members. However, the evidence is that the non-Indian spouses in this case have all resided on the Reserve for a number of years: Gordon MacNutt since 1980 (married to Darlene MacNutt on April 24, 1987), Christine Pictou from July 1990 (married to John B. Pictou on July 29, 1990) and Lolita Knockwood from March 1985 (married to Garfield Knockwood on August 24, 1985). The Tribunal found that “the Band had an unwritten policy (or perhaps a policy by default)” of allowing these, and other non-Indian spouses to reside on the Reserve.⁴

[16] However, the Band Council appears to have attempted to restrict non-Indian residency on the Reserve by passing a trespassing by-law, pursuant to section 30 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, permitting guests in Band owned housing to remain for only two weeks of every twelve-month period, and imposing a \$100 fine for violations. The by-law was disallowed by the Minister because, according to his decision, it only applied to persons residing in Band owned housing, the fines that it imposed were greater than those permitted under section 30 of the *Indian Act*, and the Minister was of the view that the Band Council could not bring a trespass action against the invited guest of a Band member who is legally occupying a home on the Reserve. The Minister informed the Band Council that had it intended a policy of excluding non-Indians, it could have attempted to make proper use of the procedures available to it.⁵ The failed attempt to pass the trespass-

les membres de la bande. Ainsi, il ne semble pas que les non-Indiens qui sont locataires d’un bien-fonds dans une réserve ou qui sont simplement des employés de la bande puissent bénéficier d’une aide sociale. L’exemple qui se rapproche le plus des faits de la présente affaire est l’alinéa (e): «[les] autres non-Indiens qui résident dans la réserve conformément à la politique de la bande».

(i) La politique de la bande concernant le statut de résident

[15] On ne m’a signalé l’existence d’aucune politique explicite de la bande portant sur le droit des conjoints non indiens de membres de la bande de résider dans la réserve. Cependant, il appert qu’en l’espèce, les conjoints non indiens résident dans la réserve depuis plusieurs années: Gordon MacNutt depuis 1980 (il s’est marié avec Darlene MacNutt le 24 avril 1987), Christine Pictou, depuis juillet 1990 (elle s’est mariée avec John B. Pictou le 29 juillet 1990) et Lolita Knockwood, depuis mars 1985 (elle s’est mariée avec Garfield Knockwood le 24 août 1985). Le tribunal a jugé que «la bande avait une politique tacite (ou peut-être une politique par défaut)» qui autorisait ces personnes, et d’autres conjoints non indiens, à résider dans la réserve⁴.

[16] Cependant, le conseil de bande semble avoir cherché à limiter le droit des non-Indiens de résider dans la réserve en adoptant, conformément à l’article 30 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, un règlement administratif sur la violation du droit de propriété. Selon ce règlement, les visiteurs ne pouvaient séjourner dans des logements appartenant à la bande que pour une durée de deux semaines pendant chaque période de douze mois, et le règlement prévoyait une amende de 100 \$ en cas d’infraction. Le règlement administratif fut désavoué par le ministre parce que, selon lui, il ne s’appliquait qu’aux personnes séjournant dans des logements de la bande et que les amendes prévues étaient supérieures à celles qu’autorisait l’article 30 de la *Loi sur les Indiens*. Le ministre était aussi d’avis que le conseil de bande ne pouvait engager une action pour entrée non autorisée contre l’invité d’un membre de la bande qui occupe légalement un logement dans la réserve. Le ministre a

ing by-law cannot be said to amount to a policy of exclusion because the by-law was disallowed by the Minister and the Band Council never followed through with the Minister's suggestions with respect to passing a valid by-law.

[17] The Band Council also attempted to remove Mr. MacNutt, the only male non-Indian spouse involved in these proceedings, from the Reserve. The Tribunal found that the Band Council resorted to harassing the MacNutt family in its effort to make Mr. MacNutt leave. The Tribunal did not address the question of whether these attempts to remove Mr. MacNutt constituted a policy of not allowing male non-Indian spouses to reside on the Reserve.⁶

[18] However, in my view the Band did not have a policy against male non-Indian spouses residing on the Reserve. Given that the Band Council had no policy of excluding female non-Indian spouses from the Reserve, its attempts to remove Mr. MacNutt were discriminatory on account of sex. A discriminatory policy would obviously be invalid. The only possible conclusion is that the Band Council's policy of allowing female non-Indian spouses to reside on the Reserve must apply to male non-Indian spouses. Therefore the Band Council's policy can only be construed as allowing all non-Indian spouses to reside on the Reserve.

(ii) Was social assistance available from other sources?

[19] There was evidence before the Tribunal that pursuant to unwritten policies of Nova Scotia and the municipality of East Hants, welfare was not available to non-Indian spouses living on the Reserve. Gordon MacNutt had applied for social assistance from the municipality of East Hants but was refused.

informé le conseil de bande que, si le conseil avait voulu instituer une politique d'exclusion des non-Indiens, il aurait pu employer pour cela les moyens à sa disposition⁵. On ne saurait dire que la tentative avortée d'adopter le règlement administratif sur la violation du droit de propriété équivaut à une politique d'exclusion, puisque le règlement a été désavoué par le ministre et que le conseil de bande n'a jamais donné suite aux conseils du ministre à propos de l'adoption d'un règlement administratif valide.

[17] Le conseil de bande a aussi tenté d'expulser de la réserve M. MacNutt, le seul conjoint non indien de sexe masculin concerné par la présente instance. Le tribunal a estimé que le conseil de bande avait employé des tactiques de harcèlement contre la famille MacNutt pour contraindre M. MacNutt de partir. Le tribunal ne s'est pas demandé si les moyens employés pour expulser M. MacNutt s'inscrivaient dans une politique visant à interdire aux conjoints non indiens de sexe masculin de résider dans la réserve⁶.

[18] À mon avis cependant, la bande n'avait aucune politique interdisant aux conjoints non indiens de sexe masculin de demeurer dans la réserve. Puisque le conseil de bande n'interdisait pas aux conjoints non indiens de sexe féminin de demeurer dans la réserve, les moyens pris par lui pour expulser M. MacNutt constituaient une discrimination fondée sur le sexe. Une politique discriminatoire serait évidemment invalide. La seule conclusion possible est que la politique du conseil de bande consistant à autoriser les conjoints non indiens de sexe féminin à demeurer dans la réserve doit s'appliquer aux conjoints non indiens de sexe masculin. Par conséquent, la politique du conseil de bande admet une seule interprétation: tous les conjoints non indiens sont autorisés à demeurer dans la réserve.

(ii) Une aide sociale pouvait-elle être obtenue d'autres sources?

[19] On a prouvé devant le tribunal que, conformément à des directives non écrites de la Nouvelle-Écosse et de la municipalité de East Hants, les conjoints non indiens demeurant dans la réserve ne pouvaient recevoir de prestations. Gordon MacNutt avait demandé des prestations à la municipalité de

Knockwood and Pictou made telephone inquiries but were informed that they were not eligible for provincial assistance. There has been no judicial determination as to whether the provincial or federal government bears legal responsibility for the provision of social assistance to these non-Indians living on the Reserve with their Indian spouses. However, I do not read subsection 3.01(2) to require those non-Indian spouses to take, and be unsuccessful in, legal proceedings involving complex constitutional issues in order to establish that social assistance is not available from the province or municipality. It is sufficient that applications and inquiries were made and were refused. I am satisfied that social assistance was not available from other sources and that non-Indian spouses residing on the Reserve fall within the specific categories of non-Indians recognized by subsection 3.01(2) of the Guidelines.

[20] In summary, section 3.01 of the Guidelines establishes eligibility criteria which define the class of people entitled to receive social assistance from the Band Council. The involvement of the federal government, the use of public funds, and the characterization of social assistance as a public service (see *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services)* (1988), 52 D.L.R. (4th) 253 (Sask. C.A.)) are indicative of a public relationship existing between the non-Indian spouses involved in the case at bar and the Band Council. Having regard to the fact that the Band Council has allowed these non-Indians to reside on the Reserve in accordance with Band policy and that social assistance is not available from other sources, these non-Indian spouses must be considered to be members of the "general public" for whom social assistance services are customarily available on the Reserve as required by section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

(iii) Other arguments on the "general public"

[21] The applicant's arguments to the contrary are not persuasive. First, while it is true the document

East Hants, mais elles lui ont été refusées. Knockwood et Pictou s'étaient renseignés par téléphone, mais on les a informés qu'ils n'étaient pas admissibles à une aide provinciale. La jurisprudence ne permet pas de dire si c'est le gouvernement provincial ou le gouvernement fédéral qui est juridiquement tenu de fournir une aide sociale aux non-Indiens demeurant dans une réserve avec leurs conjoints indiens. Cependant, je ne crois pas que le paragraphe 3.01(2) oblige ces non-Indiens à engager, sans succès, des procédures judiciaires faisant intervenir des questions constitutionnelles complexes, dans le dessein d'établir qu'ils ne peuvent recevoir une aide sociale de la province ou de la municipalité. Il suffit qu'ils aient présenté des demandes en ce sens et qu'elles aient été refusées. Je suis convaincu qu'une aide sociale ne pouvait être obtenue par eux d'autres sources et que les conjoints non indiens demeurant dans la réserve font partie des catégories particulières de non-Indiens reconnues par le paragraphe 3.01(2) des lignes directrices.

[20] En résumé, l'article 3.01 des lignes directrices prévoit des critères d'admissibilité qui définissent les catégories de personnes fondées à recevoir des prestations d'aide sociale du conseil de bande. Le rôle du gouvernement fédéral, l'utilisation de fonds publics et la qualification de l'aide sociale comme service public (voir l'arrêt *Saskatchewan Human Rights Commission v. Saskatchewan (Department of Social Services)* (1988), 52 D.L.R. (4th) 253 (C.A. Sask.)) attestent l'existence d'une relation publique entre les conjoints non indiens dont il s'agit ici et le conseil de bande. Eu égard au fait que le conseil de bande a autorisé ces non-Indiens à demeurer dans la réserve conformément à la politique de la bande, et puisqu'une aide sociale ne peut être obtenue d'autres sources, ces conjoints non indiens doivent, dans le contexte de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, être considérés comme partie du «public» à qui des services d'aide sociale sont destinés dans la réserve.

(iii) Autres arguments portant sur la notion de «public»

[21] Les arguments contraires des requérants ne sont pas convaincants. D'abord, même s'il est vrai que le

containing subsection 3.01(2) is a guideline, the linkage between it and the contract effectively incorporates it by reference into the contract and its terms are, to all intents and purposes, contractual terms.

[22] Next, the fact that “persons” are defined in section 2.07 as registered Indians cannot displace subsection 3.01(2) nor section 1.02 which provides in part:

1.02 The Social Assistance program for the Nova Scotia Bands and the Department of Indian and Northern Affairs is for the provision of services and assistance primarily for Indian people [Emphasis added.]

[23] Further, that section 3.01 contains the term “may”, signifying discretion, does not assist the applicant. The relevant words are “Social Assistance may be provided to”. The Band must have discretion to determine whether an applicant is eligible for welfare. Subsection 3.03(1) provides:

3.03 Eligibility Requirements:

- (1) Every applicant shall complete an application form, and a release of information form. The fact of need rather than cause is the most significant determinative of eligibility. Eligibility is to be determined on the basis of objective criteria rather than on value judgments as to who is “deserving”.

However, in order to determine eligibility the applicant must first be prepared to provide the basic information requested on the application form. From this information the Social Development Administrator learns whether or not the applicant meets the requirements of residence and Indian Status and other facts which are essential in determining the amount of assistance to which the applicant may be entitled. [Emphasis added.]

Thus if an application form is not completed or the basic information discloses that the applicant does not meet other eligibility requirements, social assistance may not be provided to the applicant. In other words, simply because a person fits the criteria of section 3.01 does not entitle him or her to welfare. Section

texte renfermant le paragraphe 3.01(2) est une ligne directrice, le lien entre cette ligne directrice et l’entente a pour effet d’incorporer par référence la ligne directrice dans l’entente, et les dispositions de la ligne directrice sont, à toutes fins utiles, des dispositions contractuelles.

[22] Ensuite, même si l’article 2.07 donne au mot «personne» le sens de «Indien inscrit», cette définition ne supprime pas le paragraphe 3.01(2), ni l’article 1.02, dont voici un extrait:

1.02 Le Programme d’aide sociale pour les bandes de la Nouvelle-Écosse et le ministère des Affaires indiennes et du Nord s’adresse en premier lieu aux Indiens [Non souligné dans l’original.]

[23] De plus, le mot «peuvent» de l’article 3.01, un mot qui confère un pouvoir d’appréciation, ne vient pas en aide au requérant. Les mots pertinents sont: «Des prestations d’aide sociale peuvent être versées». La bande doit être libre de dire si un candidat est admissible à des prestations. Le paragraphe 3.03(1) est rédigé ainsi:

3.03 Conditions d’admissibilité

- (1) Chaque candidat doit remplir une formule de demande, ainsi qu’une formule de communication de renseignements. C’est le besoin, et non la cause du besoin, qui sera le critère principal d’admissibilité. L’admissibilité sera évaluée en fonction de critères objectifs plutôt qu’en fonction de jugements de valeur consistant à dire qui mérite une aide et qui ne la mérite pas.

Cependant, pour qu’on puisse établir son admissibilité, le candidat doit d’abord être disposé à fournir les renseignements de base demandés dans la formule de demande. L’administrateur du développement social saura alors si le candidat répond ou non aux conditions de résidence, à celles du statut d’Indien et à d’autres éléments qui sont essentiels pour déterminer le montant de l’aide auquel le candidat pourrait avoir droit. [Non souligné dans l’original.]

Par conséquent, si une formule de demande n’est pas remplie ou si les renseignements de base montrent que le candidat ne répond pas à d’autres conditions d’admissibilité, alors des prestations d’aide sociale ne pourront être versées au candidat. En d’autres termes, le simple fait pour une personne de répondre aux

3.01 is only an initial screening test. Viewed as an initial screening test, it is clear why the term “may” is used. I do not read “may” in section 3.01 as granting to the Band Council discretion to refuse welfare to Band members or non-Indians who otherwise on “objective criteria” qualify for welfare.

[24] Next, the applicant relies on section 1.10 of the Guidelines which vests the Band Council with the administration and interpretation of the Guidelines:

1.10 The Council of the Band is responsible for the administration and interpretation of these guidelines and determining need of the client. Program integrity depends on no interference from other officials.

Counsel for the applicant submits that the Band’s authority to interpret the Guidelines entitles the Band Council to interpret subsection 3.01(2) as excluding all non-Indians and specifically non-Indian spouses of Band members. The power to interpret, however, is not a power to change the terms of the Guidelines and that indeed is what the Band Council is purporting to do by excluding non-Indian spouses when subsection 3.01(2) includes them. The agreement made between the Band and the Government was that social assistance was to be available for specific categories of non-Indians as described in subsection 3.01(2) and non-Indian spouses fit within those categories.

[25] Another argument of the applicant relates to section 28 of the *Indian Act* which provides:

28. (1) Subject to subsection (2), any deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind, whether written or oral, by which a band or a member of a band purports to permit a person other than a member of that band to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve is void.

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to

critères de l’article 3.01 ne lui donne pas droit à des prestations. L’article 3.01 ne constitue qu’un schéma de présélection. On comprend alors pourquoi le mot «peuvent» y est employé. Selon moi, le mot «peuvent», à l’article 3.01, ne donne pas au conseil de bande le pouvoir discrétionnaire de refuser des prestations aux membres de la bande ou aux non-Indiens qui par ailleurs, selon des «critères objectifs», sont admissibles à des prestations.

[24] Ensuite, le requérant invoque l’article 1.10 des lignes directrices, qui assigne au conseil de bande l’administration et l’interprétation des lignes directrices:

1.10 Le conseil de bande est chargé de l’administration et de l’interprétation des présentes lignes directrices et de faire l’évaluation des besoins du client. L’intégrité du programme ne souffre aucune ingérence de la part d’autres fonctionnaires.

L’avocat du requérant fait valoir que le pouvoir de la bande d’interpréter les lignes directrices donne au conseil de bande le droit de dire que le paragraphe 3.01(2) exclut tous les non-Indiens et plus particulièrement les conjoints non indiens des membres de la bande. Le pouvoir d’interprétation n’équivaut pas cependant à un pouvoir de modifier les dispositions des lignes directrices, et c’est ce que le conseil de bande prétend faire lorsqu’il exclut les conjoints non indiens alors que le paragraphe 3.01(2) les inclut. Selon l’entente passée entre la bande et le gouvernement, l’aide sociale devait être destinée à des catégories particulières de non-Indiens qui sont décrites au paragraphe 3.01(2), et les conjoints non indiens font partie de ces catégories.

[25] Un autre argument du requérant se rapporte à l’article 28 de la *Loi sur les Indiens*, formulé ainsi:

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d’une bande est censé permettre à une personne, autre qu’un membre de cette bande, d’occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

(2) Le ministre peut, au moyen d’un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période maximale d’un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour

occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

The applicant argues that a Band policy is subject to section 28 of the *Indian Act* and without a permit granted by the Minister, non-Indian spouses may not reside or exercise rights on the Reserve. Therefore no valid Band policy in this case can exist as no ministerial permits were obtained in respect of the non-Indian spouses. However, I accept the argument presented by counsel for the Attorney General that section 28 deals with commercial transactions involving the disposition of land or interests in land on the Reserve. This interpretation is supported by reference to the words “deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind” in subsection 28(1). I think this is the correct interpretation of section 28 and that it is not referable to the situation of non-Indians residing on the Reserve as spouses of Band members.

[26] The definition of the general public for purposes of social assistance eligibility in this case is set forth by the Band’s funding agreement with the Government of Canada. If the Band Council was unwilling to abide by the terms of the agreement including subsection 3.01(2), it was open to the Band Council not to enter into the agreement. Once it did so, however, it was bound by its terms.⁷ For the above reasons, I find that non-Indian spouses living on the Reserve are members of the “general public” for the purpose of section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

2. Does section 67 of the *Canadian Human Rights Act* preclude the Tribunal’s jurisdiction?

[27] This next argument of the applicant is that the *Canadian Human Rights Act* is excluded from application in this case by reason of section 67 of that Act. Section 67 reads:

67. Nothing in this Act affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.

[28] *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 F.C. 605 (C.A.) explains the type of “provision” contemplated by section 67 (then subsection 63(2)). Desjardins J.A.

toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

Le requérant soutient qu’une politique de la bande est régie par l’article 28 de la *Loi sur les Indiens* et que, sans un permis du ministre, les conjoints non indiens ne peuvent résider dans la réserve ou y exercer des droits. Par conséquent, aucune politique valide de la bande ne peut exister en l’espèce puisqu’aucun permis ministériel n’a été délivré pour les conjoints non indiens. Cependant, j’accepte l’argument invoqué par l’avocat du procureur général selon lequel l’article 28 porte sur des opérations commerciales concernant l’aliénation de terres ou de droits sur des terres situées dans la réserve. Cette interprétation s’appuie sur la mention des mots «acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature», au paragraphe 28(1). C’est là, je crois, l’interprétation qu’il faut donner de l’article 28. Cet article est sans rapport avec le cas des non-Indiens demeurant dans la réserve à titre de conjoints de membres de la bande.

[26] La définition du public auquel sont destinées les prestations d’aide sociale est donnée par l’entente de financement conclue entre la bande et le gouvernement du Canada. Si le conseil de bande ne souhaitait pas se conformer aux conditions de l’entente, y compris celles du paragraphe 3.01(2), il était libre de ne pas conclure l’entente. Après qu’il l’a conclue, cependant, il est devenu lié par ses dispositions⁷. Pour les motifs exposés précédemment, j’arrive à la conclusion que les conjoints non- indiens vivant dans la réserve font partie du «public» dont parle l’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

2. L’article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prive-t-il le tribunal de sa compétence?

[27] Le requérant soutient ensuite que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne peut s’appliquer en l’espèce à cause de l’article 67 de cette Loi. L’article 67 est formulé ainsi:

67. La présente loi est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi.

[28] Dans l’arrêt *Desjarlais (Re)*, [1989] 3 C.F. 605 (C.A.), on trouve une explication du genre de «dispositions» envisagées par l’article 67 (qui était alors le

found, at pages 608-609, that:

. . . “or any provision made under or pursuant to” mean more than a mere stipulation of a legal character. I interpret such words as covering any decision made under or pursuant to the *Indian Act*.

[29] In that case, there was some doubt as to the way in which Indian bands could make legal decisions: by by-law, by resolution transmitted to the Minister, or under the *Indian Band Council Procedure Regulations*, C.R.C., c. 950. Desjardins J.A. found that regardless of how the decision was made, any decision taken by a band council under specific sections of the *Indian Act* would be made “under or pursuant to the *Indian Act*.” However, a vote of non-confidence in an employee of a band was “nowhere, expressly or by implication, provided for by the *Indian Act*” and was determined not to come within the exception provided by section 67 (then subsection 63(2)).

[30] The applicant says that its decision not to extend social assistance benefits to non-Indian spouses is made pursuant to the *Indian Act* and therefore is not subject to review pursuant to section 5 of the *Canadian Human Rights Act*. Applicant’s counsel does not rely on any specific provision of the *Indian Act* but on the fact that the decision was made pursuant to the *Indian Band Council Procedure Regulations*.

[31] I do not think that the decision in this case is one contemplated by section 67 of the *Canadian Human Rights Act*. While there is no doubt that a decision was made by the Band Council, and it may well have been made under the *Indian Band Council Procedure Regulations*, there is no evidence to suggest that the decision was made pursuant to a provision of the *Indian Act*. While undoubtedly section 67 recognizes that certain provisions of the *Indian Act* and Regulations may conflict with the *Canadian Human Rights Act* and in such cases the *Indian Act* and Regulations will prevail, I do not think section 67 is

paragraphe 63(2)). Le juge Desjardins, J.C.A., s’exprime ainsi, aux pages 608 et 609:

. . . les termes «*or any provision made under or pursuant to that Act*» désignent-ils plus que les seules stipulations à caractère légal. J’interprète ces mots comme s’étendant à toutes les décisions prises en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

[29] Dans cette affaire, on s’interrogeait sur la manière dont les bandes indiennes pouvaient prendre des décisions de nature juridique: par règlement administratif, par résolution transmise au ministre, ou par application du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d’Indiens*, C.R.C., ch. 950. Le juge Desjardins a estimé que, quelle que soit la manière dont la décision était prise, toute décision prise par un conseil de bande en vertu d’une disposition précise de la *Loi sur les Indiens* serait prise «en vertu de la *Loi sur les Indiens*». Cependant, un vote de non-confiance contre un employé d’une bande n’était «nulle part autorisé par la *Loi sur les Indiens*, que ce soit explicitement ou implicitement» et ne pouvait donc mettre en jeu l’exception prévue par l’article 67 (qui était alors le paragraphe 63(2)).

[30] Le requérant affirme que sa décision de ne pas verser de prestations d’aide sociale aux conjoints non indiens est prise en vertu de la *Loi sur les Indiens* et échappe donc à tout contrôle judiciaire exercé en conformité avec l’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L’avocat des requérants ne s’appuie sur aucune disposition précise de la *Loi sur les Indiens*, mais sur le fait que la décision a été prise en conformité avec le *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d’Indiens*.

[31] Je ne crois pas que la décision dont il s’agit en l’espèce soit une décision visée par l’article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il ne fait aucun doute qu’une décision a été prise par le conseil de bande, et il se peut fort bien qu’elle ait été prise en vertu du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d’Indiens*, mais aucun élément de preuve ne laisse entendre que la décision a été prise en vertu d’une disposition de la *Loi sur les Indiens*. Indubitablement, l’article 67 reconnaît que certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* et de ses règlements peuvent être en conflit avec la *Loi canadienne*

to be interpreted as taking out of the scope of the *Canadian Human Rights Act* all decisions of Indian band councils provided they are made under the *Indian Band Council Procedure Regulations*. If it was Parliament's intention to immunize all decisions of Indian band councils from overview by the Human Rights Commission, Parliament would have expressly so provided rather than enacting section 67. Section 67 immunizes decisions authorized by the *Indian Act* and *Regulations*, but not all decisions made by Indian band councils. I think that this conclusion is consistent with the dicta in *Desjarlais (Re)*. Section 67 therefore does not assist the applicant in this case.

3. Bona fide justification

[32] The applicant then relies on paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act*—the *bona fide* justification provision. Paragraph 15(g) of the *Canadian Human Rights Act* provides:

15. It is not a discriminatory practice if

...

(g) in the circumstances described in section 5 or 6, an individual is denied any goods, services, facilities or accommodation or access thereto or occupancy of any commercial premises or residential accommodation or is a victim of any adverse differentiation and there is *bona fide* justification for that denial or differentiation.

The Human Rights Tribunal dealt with this argument at page 79 of its decision [at pages 125-126 of QL]:

A *bona fide* justification defence requires proof both of a subjective element (good faith) and an objective element (related to the provision of the service) (*Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202).

The Tribunal is unable to say that the decision to refuse benefits to non-native spouses was made with a sincerely held belief that it was in the best interests of the Reserve

sur les droits de la personne et, dans un tel cas, la *Loi sur les Indiens* et son Règlement auront préséance, mais je ne crois pas que l'on puisse dire que l'article 67 enlève du champ de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes dans la mesure où elles sont prises en vertu du *Règlement sur le mode de procédure au conseil des bandes d'Indiens*. Si le législateur fédéral avait voulu soustraire toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes au contrôle de la Commission des droits de la personne, il l'aurait expressément prévu au lieu d'édicter l'article 67. L'article 67 protège les décisions autorisées par la *Loi sur les Indiens* et par son Règlement, mais non toutes les décisions prises par les conseils des bandes indiennes. Je crois que cette conclusion s'accorde avec les remarques incidentes de l'arrêt *Desjarlais (Re)*. L'article 67 ne vient donc pas en aide au requérant.

3. Motif justifiable

[32] Le requérant invoque ensuite l'alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—la disposition qui concerne le motif justifiable. L'alinéa 15g) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé ainsi:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

...

g) le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public, ou de locaux commerciaux ou de logements en prive un individu ou le défavorise lors de leur fourniture pour un motif de distinction illicite, s'il a un motif justifiable de le faire.

Le Tribunal des droits de la personne a examiné cet argument à la page 90 de sa décision [aux pages 138 et 139 de QL]:

Pour établir un moyen de défense fondé sur un motif justifiable, il faut prouver un élément subjectif (la bonne foi) et un élément objectif (se rapportant à la fourniture du service). (Arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202).

Le Tribunal n'est pas en mesure d'affirmer que la décision de priver de prestations les conjoints non autochtones a été prise avec la conviction sincère qu'il y allait de l'intérêt des

residents, particularly prior to May 1992. If the Tribunal is wrong and the objective element requires consideration, the Tribunal notes that counsel for the Respondent suggests that the evidence of the Chief, former Chief and Council members support concerns about the homogeneous population of Reserves and the First Nations' desire to preserve their culture, traditions and language. This argument is not supported by the "strongest possible evidence". Further, there was no suggestion that the Respondent had attempted to accommodate non-native spouses within the Social Services program on Reserve. Both of these elements must be present if the Respondent is to succeed in proving the objective element of the bona fide justification defence. [References omitted.]

[33] With respect to the Tribunal's finding that the decision to deny social assistance to non-native spouses was not made in good faith, which is an essential component to establish a *bona fide* justification, it was entitled to make the finding that it did. On this aspect of its findings the Tribunal is entitled to deference from the Court (see *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 578, per Lamer C.J.). Indeed, the Band Council did pay welfare to female non-Indian spouses prior to 1992, which is inconsistent with the justifications advanced by the Band Council and suggests that these justifications are not genuine.

[34] With respect to the Tribunal's finding respecting the standard of proof, the case law is clear that the civil standard of proof, namely a balance of probabilities, is the appropriate standard required to establish a *bona fide* justification (see *Ontario Human Rights Commission et al. v. Burough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 208). Linden J.A. explained the standard more fully in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.), at page 409:

The onus is on the employer to establish that the rule or standard is a BFOR. It is not enough to rely on assumptions and so-called common sense; to prove the need for the discriminatory rule convincing evidence and, if necessary, expert evidence is required to establish this on the balance of probabilities. Without that requirement, the protection afforded by human rights legislation would be hollow indeed. Hence, it is necessary, in order to justify *prima facie*

personnes résidant dans la réserve, en particulier avant mai 1992. Si le Tribunal se trompe et que l'élément objectif doit être pris en considération, le Tribunal fait observer que l'avocat de l'intimé soutient que les témoignages du chef, de l'ex-chef et de membres du conseil attestent une inquiétude au sujet de l'homogénéité de la population des réserves et de la volonté des Premières Nations de préserver leur culture, leurs traditions et leur langue. Cet argument ne s'appuie pas sur la [TRADUCTION] «la meilleure preuve». En outre, rien n'indique que l'intimé ait tenté d'accommoder les conjoints non autochtones dans le cadre du programme de services sociaux offert dans la réserve. L'intimé doit prouver ces deux éléments pour établir l'élément objectif du moyen de défense du motif justifiable. [Renvois omis.]

[33] En ce qui concerne la conclusion du tribunal selon laquelle la décision de refuser des prestations d'aide sociale aux conjoints non autochtones n'a pas été prise de bonne foi, la bonne foi étant un élément essentiel pour établir l'existence d'un motif justifiable, le tribunal avait le droit de tirer cette conclusion. La Cour doit faire preuve de réserve à l'égard de cet aspect des conclusions du tribunal (voir l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 578, le juge en chef Lamer). Le conseil de bande versait d'ailleurs des prestations aux conjoints non indiens de sexe féminin avant 1992, ce qui ne concorde pas avec les justifications fournies par le conseil de bande et laisse croire qu'elles ne sont pas sincères.

[34] Quant à la conclusion du tribunal qui concerne la norme de preuve, la jurisprudence fait apparaître clairement que la norme civile de la preuve, c'est-à-dire la probabilité la plus forte, est la norme à appliquer pour établir l'existence d'un motif justifiable (voir l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 208). Le juge Linden, J.C.A., explique la norme plus en détail dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.), à la page 409:

Il incombe à l'employeur d'établir que la règle ou la norme est une EPJ. Il ne suffit pas de s'appuyer sur des présomptions et sur le soi-disant bon sens; pour établir la nécessité de la règle discriminatoire, une preuve convaincante et, si nécessaire, une preuve d'expert est nécessaire pour l'établir suivant la prépondérance des probabilités. Sans cette exigence, la protection offerte par les lois en matière de droits de la personne serait effectivement vide de sens. Par

direct discrimination, to demonstrate that it was done in good faith and that it was “reasonably necessary” to do so, which is both a subjective and an objective test.

Thus, while a *bona fide* justification may not require the “strongest possible evidence”, as found by the Tribunal, it is still necessary to prove the need for the discriminatory rule with “convincing evidence and, if necessary, expert evidence”. In argument before me, counsel hardly dealt with the sufficiency of the *bona fide* justification evidence. There was no expert evidence tendered before the Tribunal to explain why the rule against providing welfare to non-Indian spouses was reasonably necessary and it would seem the evidence was more in the nature of “assumptions” which Linden J.A., in *Rosin*, found to be insufficient.

[35] Finally, contrary to the Tribunal’s reasons, the issue of accommodation does not arise in instances of direct discrimination, which this undoubtedly is. The discriminatory rule must stand or fall on its own (see *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at page 514, *per* Wilson J.; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733, at pages 749-750, *per* Sopinka J.). The Tribunal may have erred in its statement of the duty to accommodate. However, the absence of a duty to accommodate does not invalidate the Tribunal’s decision which is supported, if for no other reason, than on the basis of its finding respecting the “subjective” branch of the test. Based on the evidence before it, the Tribunal was entitled to find that there was no *bona fide* justification.

II. NEW ARGUMENTS

[36] The arguments in this case have been complex. Part of the problem appears to be that a number of the arguments were not initially advanced before the Human Rights Tribunal and were developed for the first time for this judicial review. The issues not raised before the Tribunal that were raised for the first time

conséquent, il est nécessaire, pour justifier une discrimination directe à première vue, de démontrer qu’elle a été faite de bonne foi et qu’il était «raisonnablement nécessaire» de le faire, ce qui constitue à la fois un critère subjectif et objectif.

Donc, même si un motif justifiable ne requiert pas nécessairement la «preuve la plus solide possible», comme l’a estimé le tribunal, il demeure nécessaire de prouver la nécessité de la règle discriminatoire au moyen d’«une preuve convaincante et, si nécessaire, une preuve d’expert». Dans les arguments que j’ai entendus, les avocats ont à peine abordé la suffisance de la preuve du motif justifiable. Le tribunal n’a entendu aucune preuve d’expert expliquant pourquoi il était raisonnablement nécessaire de refuser des prestations d’aide sociale aux conjoints non indiens, et il semblerait que la preuve produite ressemblait davantage à des «présomptions», ce que le juge Linden, dans l’arrêt *Rosin*, a estimé insuffisant.

[35] Finalement, contrairement aux motifs du tribunal, la question de l’accommodation ne se pose pas dans les cas de discrimination directe, ce dont il s’agit indubitablement ici. La règle discriminatoire doit tenir ou tomber par elle-même (voir l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la page 514 (le juge Wilson); et l’arrêt *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, aux pages 749 et 750 (le juge Sopinka). Le tribunal a peut-être commis une erreur dans sa manière de voir l’obligation d’accommodation. Cependant, l’absence d’une telle obligation n’invalide pas la décision du tribunal, laquelle trouve appui de toute façon sur sa conclusion se rapportant à l’élément «subjectif» du critère. Eu égard à la preuve produite, le tribunal avait le droit de dire qu’il n’y avait pas de motif justifiable.

II. NOUVEAUX ARGUMENTS

[36] Les arguments produits en l’espèce sont complexes. Cette complexité trouve son origine dans le fait que plusieurs d’entre eux n’ont pas été invoqués devant le tribunal des droits de la personne et ont été développés pour la première fois durant le présent contrôle judiciaire. Les points qui n’ont pas été

here were:

(1) whether the complaint concerns a matter “within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament”;

(2) whether section 25 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]] (Charter) protects the decision of the Band Council;

(3) whether the decision not to pay welfare to non-Indian spouses is justified as an affirmative action measure under section 16 of the *Canadian Human Rights Act*.

[37] Counsel for the Attorney General submitted that the Court on judicial review has no jurisdiction to deal with issues not raised before the Tribunal.⁸ In *Toussaint v. Conseil canadien des relations du travail et al.* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.), Décary J.A. stated at page 399:

... it seems to us that the applicant is trying to argue in this court that clause 44.05 of the collective agreement is invalid having regard to s. 57(1) of the Code. Even if we admit, for the purposes of argument, that this question could have been argued in this case before an arbitrator and subsequently before the Board, it was not argued, and it has been clearly established that in the context of an application for judicial review this court cannot decide a question which was not raised before the administrative tribunal (*Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; 96 N.R. 34, at p. 247 (F.C.)).

[38] The Attorney General further argues that because the Tribunal has no jurisdiction to subject provisions of the *Canadian Human Rights Act* to Charter scrutiny (*Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at page 898, the Court reviewing the Tribunal’s decision cannot rule on these issues either (*Canada (Attorney General) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.), at page 42; *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233 (C.A.), at page 247, per Marceau J.A.). The Attorney General submits that had the applicant

soulevés devant le tribunal et qui l’ont été ici pour la première fois sont les suivants:

(1) la plainte concerne-t-elle une matière qui relève de la compétence législative du Parlement?

(2) l’article 25 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]] (ci-après la Charte) immunise-t-il la décision du conseil de bande?

(3) la décision de ne pas verser de prestations d’aide sociale aux conjoints non indiens se justifie-t-elle à titre de mesure de promotion sociale autorisée par l’article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?

[37] L’avocat du procureur général a fait valoir que, dans une procédure de contrôle judiciaire, la Cour n’a pas compétence pour aborder des aspects non soulevés devant le tribunal⁸. Dans l’arrêt *Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail et al.* (1993), 160 N.R. 396 (C.A.F.), le juge Décary, J.C.A., s’exprime ainsi, à la page 399:

... il nous semble que le requérant cherche à plaider devant nous l’invalidité de la clause 44.05 de la convention collective eu égard au paragraphe 57(1) du Code. Or cette question, même en admettant pour les fins du débat qu’elle eût pu être plaidée en l’espèce devant un arbitre et subséquemment devant le Conseil, ne l’a pas été et il est clairement établi que cette Cour, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, ne peut pas trancher une question qui n’a pas été soulevée devant le tribunal administratif (*Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; 96 N.R. 34, à la page 247 (C.F.)).

[38] Le procureur général soutient aussi que, puisque le tribunal n’a pas compétence pour examiner au regard de la Charte les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (*Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, à la page 898), la Cour ne peut, elle non plus, dans l’examen de la décision du tribunal, statuer sur ces aspects (*Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.), à la page 42; *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.), à la

intended to challenge the *Canadian Human Rights Act*, it should have brought an application for prohibition to prevent the Tribunal from sitting.

[39] My concern is with the argument that the Court cannot review a tribunal decision, even where that decision is either in excess of that tribunal's statutory jurisdiction, or is made pursuant to a statutory jurisdiction that is unconstitutional.

[40] In *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, the Supreme Court of Canada held that a statutory tribunal cannot be immunized from review for errors of jurisdiction. Laskin C.J. states, at page 236:⁹

. . . if such a tribunal has acted beyond its jurisdiction in making a decision, it is not a decision at all within the meaning of the statute which defines its powers because Parliament could not have intended to clothe such tribunal with the power to expand its statutory jurisdiction by an erroneous decision as to the scope of its own powers. [Emphasis added.]

Given that a decision of an administrative tribunal in excess of its jurisdiction "is not a decision at all", it seems paradoxical that the same "decision" would be immunized from review where jurisdiction is never raised and the tribunal's jurisdiction and/or the constitutionality of its enabling legislation is assumed. This is tantamount to saying that parties to an administrative proceeding may, by waiver or acquiescence, confer jurisdiction on a tribunal that was not, or could not be, conferred by Parliament, and that this conferral of authority by the parties is unreviewable once the decision is made. Indeed, it is not difficult to imagine a tribunal falling into jurisdictional error simply because it did not hear arguments on that issue.

[41] Viewed in this light, the decisions of the Federal Court of Appeal in *Toussaint, Poirier* and *Sirois* are distinguishable from the case at bar because

page 247, le juge Marceau, J.C.A.). Le procureur général affirme que, si le requérant avait eu l'intention de contester la validité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il aurait fallu qu'il demande une ordonnance visant à empêcher le tribunal de siéger.

[39] Je demeure sceptique sur l'argument selon lequel la Cour doit s'abstenir de revoir la décision d'un tribunal, même si cette décision excède la compétence conférée par la loi au tribunal ou est rendue en vertu d'une disposition attributive de compétence qui est inconstitutionnelle.

[40] Dans l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220, la Cour suprême du Canada a jugé qu'un tribunal administratif n'est pas mis à l'abri d'un contrôle judiciaire par ses erreurs de compétence. Voici les propos du juge en chef Laskin, à la page 236⁹:

. . . si le tribunal a excédé sa compétence dans une décision, cette dernière n'est pas une décision du tout, selon la loi qui définit les pouvoirs du tribunal, parce que le Parlement ne pouvait pas avoir l'intention de conférer à pareil tribunal le pouvoir d'étendre sa compétence légale au moyen d'une décision erronée quant à l'étendue de ses propres pouvoirs. [Non souligné dans l'original.]

Puisqu'une décision rendue par un tribunal administratif au-delà des limites de sa compétence «n'est pas une décision du tout», il semble paradoxal de dire que cette même «décision» puisse être à l'abri d'un contrôle judiciaire si la question de compétence n'est jamais soulevée, et si la compétence du tribunal ou la constitutionnalité de la loi organique de ce tribunal est présumée. Cela équivaut à dire que les parties à une procédure administrative peuvent, par renonciation ou acquiescement, conférer à un tribunal une compétence qui n'a pas été, ou n'a pu être, conférée par le Parlement et que cette attribution de compétence par les parties échappe à tout contrôle judiciaire après que la décision est rendue. Il n'est d'ailleurs pas difficile d'imaginer qu'un tribunal outrepassera les limites de sa compétence simplement pour ne pas avoir entendu les arguments concernant cet aspect.

[41] Vus sous cet angle, les arrêts *Toussaint, Poirier* et *Sirois* de la Cour d'appel fédérale doivent être distingués de la présente espèce parce que les nou-

of the jurisdictional nature of the new arguments being raised here.¹⁰ The Alberta Court of Appeal and Ontario High Court have considered this issue and held that a reviewing court may consider a challenge to a tribunal's jurisdiction that was never raised before the tribunal itself (see: *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71 (C.A.), at page 76, and *Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons, Re*, [1970] 2 O.R. 438 (H.C.)). I find this approach to jurisdictional questions more consistent with the reasoning in *Crevier* and conclude that it is appropriate to consider the new jurisdictional arguments raised by the applicant in this proceeding.

[42] I should not be taken to be saying that a court on judicial review must decide any and all jurisdictional questions. Some questions of this nature will depend on an evidentiary foundation that could only be introduced before the Tribunal, and in other cases the responding party may need to adduce evidence in reply to the new argument. However, no party to this case suggested a need for evidence that was not already part of the record.

[43] The third argument raised by the applicant, that the social assistance program is an ameliorative program within the meaning of section 16 of the *Canadian Human Rights Act*, in no way relates to the Tribunal's jurisdiction. For the reasons given by the Court of Appeal in *Poirier and Toussaint*, this argument cannot be raised for the first time in this application for judicial review.

1. Division of Powers

[44] Counsel for the applicant argued that by virtue of section 2 of the *Canadian Human Rights Act* a Human Rights Tribunal has no jurisdiction unless the subject-matter of the complaint is within the legislative jurisdiction of Parliament. Section 2 of the *Canadian Human Rights Act* provides:

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within

veaux arguments soulevés ici font intervenir des questions de compétence¹⁰. La Cour d'appel de l'Alberta et la Haute Cour de l'Ontario ont examiné ce point et jugé qu'une juridiction de contrôle peut prononcer sur une exception déclinatoire qui n'a jamais été alléguée devant le tribunal visé par cette exception (voir l'arrêt *Barron v. Foothills No. 31 and Alberta* (1984), 57 A.R. 71 (C.A.), à la page 76, et le jugement *Rosenfeld and College of Physicians and Surgeons (Re)*, [1970] 2 O.R. 438 (H.C.)). Cette manière de considérer les questions de compétence est, à mon sens, davantage en harmonie avec le raisonnement suivi dans l'arrêt *Crevier*, et j'arrive à la conclusion qu'il est opportun d'examiner les nouveaux arguments de cette nature soulevés en l'espèce par le requérant.

[42] Je ne dis pas qu'une juridiction de contrôle doit statuer sur toutes les questions de compétence. Certaines de ces questions dépendront d'éléments de preuve qui ne pouvaient être présentés que devant le tribunal et, dans d'autres cas, la partie intimée devra parfois produire des preuves en réponse au nouvel argument. Aucune des parties au présent litige n'a cependant évoqué la nécessité de preuves ne figurant pas déjà dans le dossier.

[43] Le troisième argument invoqué par le requérant, l'argument selon lequel le programme d'aide sociale constitue une mesure de promotion sociale au sens de l'article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, ne se rapporte en aucune façon à la compétence du tribunal. Pour les motifs donnés par la Cour d'appel dans les arrêts *Poirier* et *Toussaint*, cet argument ne peut être invoqué pour la première fois dans la présente demande de contrôle judiciaire.

1. Partage des pouvoirs

[44] L'avocat du requérant a fait valoir que, en vertu de l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, un tribunal des droits de la personne est privé de tout pouvoir si l'objet de la plainte ne relève de la compétence législative du Parlement. L'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé ainsi:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence

the legislative authority of Parliament, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices [Emphasis added.]

[45] The resolution of this issue requires that the Court determine whether Parliament has the ability to provide the social assistance in question. The applicant submitted that welfare is a matter falling within provincial jurisdiction, more specifically, property and civil rights, and therefore the *Canadian Human Rights Act* can have no application. Counsel for the applicant further argues that a federal human rights tribunal purporting to exercise jurisdiction over a band council, and requiring it to make social assistance payments to non-Indians, is in fact regulating this sphere of band activity which is beyond the legislative jurisdiction of Parliament.

[46] Counsel for the Attorney General suggested that an analysis pursuant to Class 24 of section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)*, Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], ("Indians, and Lands reserved for the Indians"), would raise more issues than it settles and he recommended that the social assistance plan be analyzed as a manifestation of the federal spending power. I agree. The welfare program in respect of which the decision was made respecting non-Indian spouses in this case originates with the exercise of a spending power by the Government of Canada. Money has been appropriated by Parliament, has been placed in the budget of Indian Affairs and Northern Development and is then provided to the Band Council to distribute in accordance with the annual funding agreements.

[47] The federal spending power is within the legislative authority of Parliament, even when exercised in relation to provincial matters, and does not amount to regulation. This is made clear in *Reference*

du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur . . . [Non souligné dans l'original.]

[45] La solution de cette question oblige la Cour à se demander si le Parlement a le pouvoir d'aménager l'aide sociale en question. Le requérant affirme que l'aide sociale est une matière de compétence provinciale, plus précisément au titre de la propriété et des droits civils, et que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne peut donc trouver application. L'avocat du requérant affirme aussi qu'un tribunal fédéral des droits de la personne dont un conseil de bande est censément justiciable et qui oblige ce conseil à verser des prestations d'aide sociale à des non-Indiens se trouve en réalité à régir une activité des bandes qui dépasse la compétence législative du Parlement du Canada.

[46] L'avocat du procureur général a laissé entendre qu'une analyse de la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 et 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)*, annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]) («Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens») soulèverait davantage de questions qu'elle n'en réglerait, et il a recommandé que le régime d'aide sociale soit analysé sous l'angle du pouvoir fédéral de dépenser. Je partage cet avis. Le programme d'aide sociale à l'égard duquel a été prise la décision se rapportant aux conjoints non indiens trouve sa source dans un pouvoir de dépenser qu'a exercé le gouvernement du Canada. Des sommes ont été affectées par le Parlement, ont été inscrites dans le budget du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, puis ont été attribuées au conseil de bande pour qu'il les distribue en conformité avec les ententes annuelles de financement.

[47] Le pouvoir fédéral de dépenser figure parmi les compétences législatives du Parlement, même lorsqu'il est exercé dans des matières de compétence provinciale, et il n'équivaut pas à une réglementation. Ce point

re Canada Assistance Plan (B.C.), [1991] 2 S.C.R. 525, at page 567:

The written argument of the Attorney General of Manitoba was that the legislation “amounts to” regulation of a matter outside federal authority. I disagree. The Agreement under the *Plan* set up an open-ended cost-sharing scheme, which left it to British Columbia to decide which programmes it would establish and fund. The simple withholding of federal money which had previously been granted to fund a matter within provincial jurisdiction does not amount to the regulation of that matter. [Emphasis added.]

[48] Further, Professor Peter Hogg describes the spending power as follows:

When the federal government makes an unconditional grant to a province, the grant is of course used by the province for its own purposes. This means that funds raised by federal taxes end up being applied to objects which are outside federal legislative authority. . . . If, in addition, those federal funds are granted on condition that the programme accord with federal stipulations, then those stipulations will effectively regulate the programme even though it lies outside federal legislative authority. In fact, many of the shared-cost programmes do lie outside federal legislative authority, and yet are administered in accordance with federally-imposed stipulations

...

This [the *Canada Assistance Plan* decision] is a rather clear affirmation both of the Parliament’s power to authorize grants to the provinces for use in fields of provincial jurisdiction, and the power to impose conditions on the recipient provinces. Provided the Parliament’s intervention does not go beyond the granting or withholding of money, there is no unconstitutional trespass on provincial jurisdiction.¹¹ [Emphasis added.]

I therefore conclude that irrespective of whether the provision of social assistance to non-Indians residing on the Shubenacadie Reserve falls within federal or provincial legislative authority, federal spending itself is within Parliament’s legislative authority and section 2 of the *Canadian Human Rights Act* therefore applies.

de vue est exprimé clairement dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 567:

Suivant l’argument écrit avancé par le procureur général du Manitoba, la loi en cause [TRADUCTION] «revient à» réglementer un domaine qui ne relève pas de la compétence fédérale. Je ne partage pas cet avis. L’accord conclu en vertu du *Régime* établissait un système flexible de partage des coûts qui laissait à la Colombie-Britannique le soin de décider quels programmes elle mettrait sur pied et financerait. Le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence provinciale ne revient pas à réglementer cette matière. [Non souligné dans l’original.]

[48] Le professeur Peter Hogg décrit ainsi, quant à lui, le pouvoir de dépenser:

[TRADUCTION] Lorsque le gouvernement fédéral verse à une province une subvention inconditionnelle, la subvention est évidemment employée par la province à ses propres fins. Cela signifie que les fonds recueillis au moyen des impôts fédéraux finissent par être appliqués à des matières qui ne relèvent pas de la compétence législative fédérale Si, de plus, ces fonds fédéraux sont versés à la condition que le programme s’accorde avec les exigences fédérales, alors lesdites exigences se trouveront à réglementer le programme bien que le programme échappe à la compétence législative fédérale. En fait, nombre des programmes à frais partagés ne relèvent pas de la compétence législative fédérale et sont pourtant appliqués en conformité avec des règles imposées par le gouvernement fédéral

...

[Le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*] est une confirmation assez nette à la fois du pouvoir du Parlement fédéral d’autoriser le versement de subventions aux provinces en vue de leur utilisation dans des champs de compétence provinciale, et du pouvoir du gouvernement fédéral d’imposer des conditions aux provinces bénéficiaires. Pour autant que le Parlement se limite à verser des crédits ou à ne pas en verser, il n’y a pas d’empiètement inconstitutionnel sur les compétences provinciales¹¹. [Non souligné dans l’original.]

J’arrive donc à la conclusion que les dépenses fédérales relèvent des compétences législatives fédérales, sans qu’il soit nécessaire de se demander si le versement de prestations d’aide sociale à des non-Indiens demeurant dans la réserve Shubenacadie sont du ressort des autorités fédérales ou du ressort des autorités provinciales. L’article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* trouve donc application.

[49] Finally the jurisdiction of the Human Rights Tribunal over the Band Council's distribution of the social assistance funds is not "regulation" of a provincial matter. The Band Council is a statutory body constituted by Parliament under the *Indian Act* and is therefore subject to the *Canadian Human Rights Act* unless Parliament provides otherwise.

2. Sections 15 and 25 of the Charter

[50] The applicant's argument is that section 15 of the Charter—the equality rights provision—must be considered through the "prism" of section 25 which protects Aboriginal rights and freedoms. To the extent that section 5 of the *Canadian Human Rights Act* is not construed in the same way, the applicant argues it is "unconstitutional and must be read as subject to this limitation".

[51] Subsection 15(1) and section 25 of the Charter provide:

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.

...

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.

[52] There are a number of difficulties with the applicant's argument. First, section 25 is not independently enforceable, but acts as a shield to protect Aboriginal, treaty and other rights from being adverse-

[49] Finalement, on ne saurait dire que le tribunal des droits de la personne «réglemente» une matière de compétence provinciale simplement parce qu'il a le pouvoir de statuer sur la manière dont le conseil de bande distribue les fonds d'aide sociale. Le conseil de bande est un organisme administratif établi par le législateur fédéral en vertu de la *Loi sur les Indiens* et il est donc soumis à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* à moins que le législateur fédéral n'exprime une volonté contraire.

2. Articles 15 et 25 de la Charte

[50] Selon le requérant, l'article 15 de la Charte—la disposition qui concerne les droits à l'égalité—doit être considéré à travers le «prisme» de l'article 25, qui préserve les droits et libertés des peuples autochtones. Dans la mesure où l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas interprété de la même façon, le requérant affirme qu'il est [TRADUCTION] «inconstitutionnel et doit être limité dans son champ d'application».

[51] Le paragraphe 15(1) et l'article 25 de la Charte sont rédigés ainsi:

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.

...

25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et 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.

[52] L'argument du requérant soulève plusieurs difficultés. D'abord, l'article 25 ne s'applique pas de façon autonome, mais tient lieu de bouclier qui protège les droits des Autochtones, qu'ils soient

ly affected by the Charter (*Corbière v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 142 D.L.R. (4th) 122 (F.C.A.), at page 135). However, this case did not arise under section 15 or any other section of the Charter. Rather, it involves a challenge under section 5 of the *Canadian Human Rights Act*.

[53] In any event the applicant's claim to an Aboriginal right is not made out. The applicant argues that to require the Band Council to pay welfare to non-Indian spouses on the Reserve would derogate from Aboriginal treaty or other rights or freedoms that pertain to the Aboriginal people. The rights and freedoms in question are said to derive either from the *Indian Act* or the inherent right of Indian bands to make decisions.

[54] With respect to the *Indian Act*, the applicant argues that the Band Council's capacity to administer a social assistance program is a "right or freedom" conferred or recognized by the *Indian Act*. The simple answer is that to the extent a band council decision is authorized by the *Indian Act*, it is protected by section 67 of the *Canadian Human Rights Act*. However, for the reasons I expressed in addressing the applicant's arguments under section 67 of the *Canadian Human Rights Act*, the *Indian Act* does not confer any authority on the Band Council to make decisions respecting eligibility for social assistance.

[55] The applicant's alternative argument is that if the Band Council did not act pursuant to the *Indian Act*, "it must have acted pursuant to its inherent powers of self government and its residual sovereignty" and that "this inherent power/residual sovereignty is one of the 'rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada' shielded from erosion by the Charter through s. 25". No evidence has been pointed out which would suggest that the right to administer a welfare program funded by the federal government derives from any Aboriginal treaty

ancestraux, issus de traités ou autres, contre les conséquences négatives possibles de la Charte (*Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 142 D.L.R. (4th) 122 (C.A.F.), à la page 135). Cependant, la présente affaire ne fait pas intervenir l'article 15 de la Charte ni une autre disposition de ce texte. Il s'agit plutôt d'une contestation qui concerne l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[53] En tout état de cause, le requérant n'a pas prouvé l'existence d'un droit autochtone. Il soutient que le fait d'obliger le conseil de bande à verser des prestations d'aide sociale aux conjoints non indiens vivant dans la réserve porterait atteinte aux droits et libertés—ancestraux, issus de traités ou autres—des peuples autochtones. Les droits et libertés en question procéderaient soit de la *Loi sur les Indiens*, soit du droit fondamental des bandes indiennes de décider pour elles-mêmes.

[54] Quant à la *Loi sur les Indiens*, le requérant affirme que la capacité du conseil de bande d'appliquer un programme d'aide sociale est «un droit ou une liberté» conféré ou reconnu par la *Loi sur les Indiens*. Il suffira de répondre que, dans la mesure où la décision d'un conseil de bande est autorisée par la *Loi sur les Indiens*, elle est protégée par l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Toutefois, pour les raisons que j'ai données lorsque j'ai abordé les arguments du requérant se rapportant à l'article 67 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la *Loi sur les Indiens* ne donne pas au conseil de bande le pouvoir de prendre des décisions en matière d'admissibilité à l'aide sociale.

[55] L'argument subsidiaire du requérant est que si le conseil de bande n'a pas agi en s'autorisant de la *Loi sur les Indiens*, [TRADUCTION] il a dû agir en s'autorisant de son pouvoir naturel d'autonomie gouvernementale et de sa souveraineté résiduelle». Le requérant affirme que [TRADUCTION] «ce pouvoir naturel ou cette souveraineté résiduelle constitue l'un des "droits ou libertés des peuples autochtones du Canada" qui sont préservés par l'article 25 de la Charte». Aucune preuve n'a été produite donnant à penser que le droit d'appliquer un programme d'aide

or other right or freedom that pertains to the Aboriginal peoples of Canada.

[56] Moreover, if the applicant's position was correct, any decision of an Indian band council would be protected under section 25 of the Charter from scrutiny by a human rights tribunal. Even applicant's counsel acknowledges that section 25 does not grant to a band council a general right to discriminate, e.g. in relation to physical disability. However, he contends that any decision that pertains to Aboriginal differences are protected. I cannot understand the distinction if indeed the argument is that section 25 protection for such decisions originates with either the creation of the Band pursuant to the *Indian Act* or inherent powers. If the applicant were correct, all discriminatory decisions of the Band Council would be immune from human rights scrutiny under the defence that they arise from the *Indian Act* or inherent powers. Clearly the Charter does not give band council decisions general immunity from human rights review.

3. Section 16 of the *Canadian Human Rights Act*

[57] The applicant's argument appears to be that the welfare program is a program contemplated by section 16 of the *Canadian Human Rights Act*, and that the fact that non-Indians are excluded is permissible by reason of this provision. I have already concluded that this new argument cannot be raised for the first time on judicial review. However, since both parties addressed this argument I do not consider it out of place to indicate that in my view it would not assist the applicant. I will briefly explain my reasons.

[58] Subsection 16(1) of the *Canadian Human Rights Act* reads:

sociale financé par le gouvernement fédéral dérive d'un quelconque traité autochtone ou d'un droit ou d'une liberté propre aux peuples autochtones du Canada.

[56] Au reste, si l'argument du requérant était valide, toute décision prise par le conseil d'une bande indienne serait soustraite, par l'effet de l'article 25 de la Charte, à l'examen d'un tribunal des droits de la personne. L'avocat lui-même du requérant reconnaît que l'article 25 ne confère pas à un conseil de bande le droit général d'exercer une discrimination fondée par exemple sur une déficience physique. Cependant, il affirme que les décisions qui se rapportent à des particularités autochtones sont soustraites à l'examen d'un tribunal des droits de la personne. Je ne puis comprendre la distinction si l'argument est effectivement que la protection de telles décisions par l'article 25 procède soit de la création de la bande conformément à la *Loi sur les Indiens*, soit d'un pouvoir naturel. Si l'argument du requérant était juste, alors toutes les décisions discriminatoires du conseil de bande seraient à l'abri des procédures visant à faire respecter les droits de la personne, et cela pour le motif qu'elles procèdent de la *Loi sur les Indiens* ou d'un pouvoir naturel. La Charte ne saurait conférer aux décisions des conseils de bande une immunité générale en les soustrayant à la procédure de contrôle des droits de la personne.

3. Article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*

[57] Le requérant semble soutenir que le programme d'aide sociale est un programme envisagé par l'article 16 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et que cette disposition autorise le conseil de bande à exclure de ce programme les non-Indiens. Je suis déjà arrivé à la conclusion que cet argument nouveau ne peut être soulevé pour la première fois dans une procédure de contrôle judiciaire. Cependant, puisque les deux parties l'ont invoqué, je ne crois pas qu'il soit mal à propos d'affirmer que, à mon avis, cet argument ne viendrait pas en aide au requérant. J'expliquerai brièvement mes motifs.

[58] Le paragraphe 16(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est formulé ainsi:

16. (1) It is not a discriminatory practice for a person to adopt or carry out a special program, plan or arrangement designed to prevent disadvantages that are likely to be suffered by, or to eliminate or reduce disadvantages that are suffered by, any group of individuals when those disadvantages would be or are based on or related to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status or disability of members of that group, by improving opportunities respecting goods, services, facilities, accommodation or employment in relation to that group.

[59] Assuming, without deciding, that the social assistance program is the type of program contemplated by subsection 16(1) of the *Canadian Human Rights Act*, the exclusion of a person or group from eligibility under such a program will usually be discriminatory if that person or group falls within the larger group that the program was designed to benefit and the exclusion is not rationally related to the program's objectives (see: *Ardoch Algonquin First Nation v. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (Ont. C.A.), at pages 145-148; *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.) (the *Roberts* case), at pages 428-429, *per* Houlden J.A., and at pages 406-407, *per* Weiler J.A.).

[60] Counsel has not satisfied me that the refusal to provide social assistance in respect of the respondents is protected by subsection 16(1). Indeed, the opposite appears to be true. As I concluded above, subsection 3.01(2) of the funding agreement Guidelines renders specific categories of non-Indians eligible for welfare. Non-Indian spouses of Band members residing on the Reserve fall into these specific categories. It cannot, therefore, be said they are outside the group intended to benefit from the welfare program, or that their exclusion is rationally related to the objectives of the program. As a result, section 16 would be of no assistance to the applicant.

[61] The judicial review is dismissed.

¹ This matter arose as a result of three separate complaints brought to the Canadian Human Rights Commission.

16. (1) Ne constitue pas un acte discriminatoire le fait d'adopter ou de mettre en œuvre des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux destinés à supprimer, diminuer ou prévenir les désavantages que subit ou peut vraisemblablement subir un groupe d'individus pour des motifs fondés, directement ou indirectement, sur leur race, leur origine nationale ou ethnique, leur couleur, leur religion, leur âge, leur sexe, leur état matrimonial, leur situation de famille ou leur déficience en améliorant leurs chances d'emploi ou d'avancement ou en leur facilitant l'accès à des biens, à des services, à des installations ou à des moyens d'hébergement.

[59] Si l'on suppose, sans plus, que le programme d'aide sociale est le genre de programme envisagé par le paragraphe 16(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, alors le fait d'exclure une personne ou un groupe de personnes du bénéfice d'un tel programme sera en général discriminatoire si cette personne ou ce groupe fait partie de la population pour laquelle le programme a été conçu et s'il n'existe pas de lien rationnel entre l'exclusion décrétée et les objectifs du programme (voir l'affaire *Ardoch Algonquin First Nation v. Ontario* (1997), 148 D.L.R. (4th) 126 (C.A. Ont.), aux pages 145 à 148; et l'arrêt *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.)) (l'affaire *Roberts*), aux pages 428 et 429 (le juge Houlden) et aux pages 406 et 407 (le juge Weiler)).

[60] L'avocat du requérant ne m'a pas convaincu que le refus de verser des prestations d'aide sociale aux intimés est légitimé par le paragraphe 16(1). Ce serait même plutôt l'inverse. Comme je l'ai dit précédemment, le paragraphe 3.01(2) des lignes directrices rend admissibles aux prestations d'aide sociale certaines catégories de non-Indiens. Les conjoints non indiens des membres de la bande qui demeurent dans la réserve font partie de ces catégories. Il est donc impossible de dire que ces conjoints non indiens ne font pas partie de la population visée par le programme d'aide sociale ou que leur exclusion présente un lien rationnel avec les objectifs du programme. L'article 16 ne serait donc d'aucune assistance au requérant.

[61] La demande de contrôle judiciaire est rejetée.

¹ Cette affaire découle de trois plaintes distinctes portées devant la Commission canadienne des droits de la personne.

Darlene MacNutt cited the grounds of sex and marital status in her complaints. John B. Pictou cited marital status and Lolita Knockwood cited race, national or ethnic origin and marital status. The Commission requested the appointment of a single Tribunal to examine the three complaints. S. 40(4) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 62], allows separate complaints to be grouped together in this manner:

40. . . .

(4) Where complaints are filed jointly or separately by more than one individual or group alleging that a particular person is engaging or has engaged in a discriminatory practice or a series of similar discriminatory practices and the Commission is satisfied that the complaints involve substantially the same issues of fact and law, it may deal with those complaints together under this Part and may request the President of the Human Rights Tribunal Panel to appoint a single Human Rights Tribunal pursuant to section 49 to inquire into those complaints.

The Tribunal then examined for discrimination on the basis of race and marital status with respect to all three complaints.

² Of the three complainants, only Lolita Knockwood is a non-Indian claiming discrimination on the basis of her race. The other complainants are Indian heads of households who are seeking redress for the alleged harm they suffered because their spouses are non-Indians. Although the issue was not clearly canvassed by the Tribunal, it is my view that this case revolves around discrimination against the non-Indians themselves rather than the indirect effects suffered by their Indian spouses or families. Since the complaints here concern the denial of social assistance in respect of particular individuals, it is the discrimination against those individuals, and not the effects on those near to them, that brings the complaints within the scope of the *Canadian Human Rights Act*.

The complaints initiated by the heads of non-Indian households raise the further issue of whether the complaints were properly before the Tribunal. S. 40(2) of the *Canadian Human Rights Act* provides:

40. . . .

(2) If a complaint is made by someone other than the individual who is alleged to be the victim of the discriminatory practice to which the complaint relates, the Commission may refuse to deal with the complaint unless the alleged victim consents thereto.

The question of whether the alleged victims of discrimination consented to the complaints being brought by their Indian spouses was not addressed by the Tribunal, nor was it raised by the parties. However, the Commission appears

Darlene MacNutt alléguait dans ses plaintes une discrimination fondée sur le sexe et l'état matrimonial. John B. Pictou alléguait une discrimination fondée sur l'état matrimonial et Lolita Knockwood une discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et l'état matrimonial. La Commission demanda que soit constitué un tribunal unique pour l'examen des trois plaintes. L'art. 40(4) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 62], autorise dans les termes suivants la jonction de plaintes distinctes:

40. . . .

(4) En cas de dépôt, conjoint ou distinct, par plusieurs individus ou groupes de plaintes dénonçant la perpétration par une personne donnée d'actes discriminatoires ou d'une série d'actes discriminatoires de même nature, la Commission peut, pour l'application de la présente partie, joindre celles qui, à son avis, soulèvent pour l'essentiel les mêmes questions de fait et de droit et demander au président du Comité du tribunal des droits de la personne de charger, conformément à l'article 49, un tribunal unique de les examiner.

Le tribunal a alors examiné, pour les trois plaintes, la question de la discrimination fondée sur la race et l'état matrimonial.

² Parmi les trois plaignants, seule Lolita Knockwood est une non-Indienne alléguant une discrimination fondée sur la race. Les autres plaignants sont des Indiens chefs de famille qui demandent réparation pour le préjudice qu'ils prétendent avoir subi parce que leurs conjoints sont des non-Indiens. La question n'a pas été clairement étudiée par le tribunal, mais je suis d'avis que cette affaire concerne une discrimination exercée contre les non-Indiens eux-mêmes plutôt que les effets indirects subis par leurs conjoints indiens ou leurs familles indiennes. Puisque les plaintes dont il s'agit ici concernent le refus de prestations d'aide sociale opposé à certaines personnes, c'est la discrimination exercée contre ces personnes, et non les effets de cette discrimination sur leurs proches, qui fait relever les plaintes du champ de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Les plaintes déposées par les chefs de ménages non-indiens soulèvent aussi la question suivante: s'agit-il de plaintes qui étaient de la compétence du tribunal? L'art. 40(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est rédigé ainsi:

40. . . .

(2) La Commission peut assujettir la recevabilité d'une plainte au consentement préalable de l'individu présenté comme la victime de l'acte discriminatoire.

Le tribunal ne s'est pas demandé si les prétendues victimes de la discrimination avaient consenti à ce que les plaintes soient portées par leurs conjoints indiens, et les parties n'ont pas soulevé cet aspect. Il semble que la Commission a

to have exercised its discretion to deal with the complaints, which s. 40(2) allows it to do.

³ Counsel advised that the First Nations Social Assistance Manual for New Brunswick and Nova Scotia was one and the same as the Native Community Services Guidelines, Policies and Procedures dated April 1, 1991. For the sake of clarity I will hereinafter refer to these documents as "the Guidelines".

⁴ Tribunal decision, at pp. 22 and 47.

⁵ Tribunal decision, at pp. 54-56.

⁶ Tribunal decision, at pp. 57-58.

⁷ Prior to the 1992/93 contract year, s. 3.01(2)(g) provided:

3.01 Social Assistance may be provided to:

...
(2) specific categories of non-Indians residing on reserves, provided such assistance is not available from other sources:

...
(g) other non-Indians for whom assistance, in the opinion of the Minister of Indian Affairs and Northern Development, is justified.

The only difference of note between the version of s. 3.01(2) prior to 1992/93 and after is that specific categories in s. 3.01(2) are not examples but appear to be exhaustive of the possible categories and that the Minister must have been satisfied that assistance to "other non-Indians" is justified. That the categories may have been exhaustive is not significant because non-Indian spouses would qualify under s. 3.01(2)(g). In so far as the Minister's opinion is concerned, there is no formal opinion in the evidence that was disclosed to me. However, in the period prior to 1992, assistance was provided in respect of Darlene Knockwood and Christine Pictou, both non-Indian spouses. Had the Minister been of the view that assistance to these persons was not justified he had ample time to express his opinion. I infer that the Minister was of the opinion that welfare to these persons was justified.

⁸ The Attorney General's written argument only addressed the applicant's argument relating to s. 25 of the Charter. In oral argument counsel agreed that his submission would apply to all of the new arguments raised by the applicant.

⁹ Quoting Martland J. in *Woodward Estate (Executors of) v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120.

¹⁰ *Toussaint* concerned an application for judicial review of a decision of the Canada Labour Relations Board in which the Court refused to consider a new argument relating to the applicant's right to bring his dismissal to an arbitrator. Although the new argument arguably related to the "jurisdiction" of arbitrators, it did not concern the jurisdiction of the

décidé malgré tout d'examiner les plaintes, ce que l'art. 40(2) l'autorisait à faire.

³ Les avocats ont mentionné que le Manuel d'aide sociale des Premières Nations pour le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse ne faisait qu'un avec les lignes directrices, politiques et procédures des services communautaires autochtones, en date du 1^{er} avril 1991. Pour la commodité de mes propos, j'appellerai tous ces documents «lignes directrices».

⁴ Décision du tribunal, aux p. 25 et 54.

⁵ Décision du tribunal, aux p. 61 à 63.

⁶ Décision du tribunal, aux p. 64 à 66.

⁷ Avant l'année contractuelle 1992-1993, l'art. 3.01(2)(g) était formulé ainsi:

3.01 Des prestations d'aide sociale peuvent être versées:

...
(2) à des catégories particulières de non-Indiens demeurant dans les réserves, à condition qu'une aide semblable ne soit pas obtenue d'autres sources:

...
g) les autres non-Indiens pour lesquels, de l'avis du ministre des Affaires indiennes et du Nord, une aide est justifiée.

La seule différence marquante entre la version de l'art. 3.01(2) antérieure à 1992-1993 et la version postérieure est que les catégories particulières de l'art. 3.01(2) ne sont pas des exemples, mais qu'il s'agit plutôt de catégories limitatives, et que le ministre doit être convaincu que l'aide aux «autres non-Indiens» est justifiée. Les catégories peuvent avoir été exhaustives, mais ce point n'importe pas puisque les conjoints non indiens pouvaient se qualifier en vertu de l'alinéa 3.01(2)g). Quant à l'avis du ministre, il n'en existe aucun dans la preuve qui m'a été présentée. Pourtant, durant la période antérieure à 1992, une aide sociale a été versée à Darlene Knockwood et Christine Pictou, toutes deux des conjointes non indiennes. Si le ministre avait pensé que l'aide qu'elles ont reçue n'était pas justifiée, il avait toute latitude d'exprimer son avis. J'en infère que le ministre était d'avis que les prestations versées à ces personnes étaient justifiées.

⁸ Les conclusions écrites du procureur général ne portaient que sur l'argument du requérant fondé sur l'art. 25 de la Charte. Dans sa plaidoirie, l'avocat du procureur général a convenu que ses conclusions s'appliqueraient à tous les nouveaux arguments invoqués par le requérant.

⁹ Il cite le juge Martland dans l'arrêt *Succession Woodward (Exécuteurs testamentaires) c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120.

¹⁰ Dans l'affaire *Toussaint*, la Cour d'appel fédérale était saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Conseil canadien des relations du travail. La Cour refusa d'examiner un nouvel argument se rapportant au droit du requérant de saisir un arbitre de son renvoi. On pourrait soutenir que le nouvel argument concernait la «compétence»

Board whose decision was under review.

¹¹ Hogg, Peter. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992, at pp. 149 and 153.

des arbitres, mais il ne concernait pas la compétence du Conseil dont la décision était soumise à un contrôle.

¹¹ Hogg, Peter *Constitutional Law of Canada*, 3^e éd., Scarborough (Ont.): Carswell, 1992, aux p. 149 et 153.