

T-3038-90

John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson, Frank Nolan, each on their own behalf and on behalf of all non-resident members of the Batchewana Band (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs Canada and the Attorney General of Canada and the Batchewana Indian Band (*Defendants*)

*INDEXED AS: BATCHEWANA INDIAN BAND (NON-RESIDENT MEMBERS) v. BATCHEWANA INDIAN BAND (T.D.)*

Trial Division, Strayer J.—Sault Ste-Marie, Ontario, May 17, 18, 19, 20, 21; Ottawa, September 9, 1993.

*Native peoples — Elections — Indian Act, s. 77(1), disqualifying Band members not ordinarily resident on reserve from voting in Batchewana Indian Band elections, in violation of Charter, s. 15 — Non-resident members' rights infringed as prevented from voting on use or disposition of reserve lands or Indian moneys even though still members of Band and affected by decisions thereon.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indian Act, s. 77(1), disqualifying Band members not ordinarily resident on reserve from voting in Batchewana Indian Band elections, in violation of Charter, s. 15 — Finding of fact Batchewana Indian Band members not resident on reserve traditionally disadvantaged group because of inability to move onto reserve — Declaration granted Indian Act, s. 77(1) invalid but operation suspended until July 1, 1994 to allow Parliament to consider amending Indian Act.*

*Practice — Parties — Standing — Members of Indian Band bringing action on own behalf and on behalf of Band members not ordinarily resident on reserve — Not necessary to prove support of all such persons — Named plaintiffs may bring class action on behalf of category of fellow Indian band members for constitutional determinations involving communal rights, even where some members of class expressly oppose action.*

Subsection 77(1) of the *Indian Act* provides that a band member must be ordinarily resident on the reserve to be eligi-

T-3038-90

John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson, Frank Nolan, en leur nom personnel et au nom de tous les membres non-résidents de la bande de Batchewana (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le procureur général du Canada, et la bande indienne de Batchewana (*défendeurs*)

*RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE BATCHEWANA (MEMBRES NON-RÉSIDENTS) c. BANDE INDIENNE DE BATCHEWANA (1<sup>re</sup> INST.)*

Section de première instance, juge Strayer—Sault Ste-Marie, Ontario, 17, 18, 19, 20, 21 mai; Ottawa, 9 septembre 1993.

*Peuples autochtones — Élections — L'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui rend les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur la réserve inhabiles à voter aux élections de la bande indienne de Batchewana contrevient à l'art. 15 de la Charte — Il y a atteinte aux droits des membres non-résidents parce qu'ils ne peuvent voter sur l'emploi ou l'aliénation des terres de réserve ou de l'argent des Indiens bien s'ils soient toujours membres de la bande et touchés par les décisions prises à cet égard.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens, qui rend les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur la réserve inhabiles à voter aux élections de la bande indienne de Batchewana, contrevient à l'art. 15 de la Charte — Conclusion de fait portant que les membres de la bande indienne de Batchewana ne résidant pas sur la réserve constituent traditionnellement un groupe défavorisé en raison de leur incapacité de s'établir sur la réserve — Jugement déclarant l'art. 77(1) de la Loi sur les Indiens invalide, son exécution étant toutefois suspendue jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994 afin de permettre au Parlement d'examiner les modifications à apporter à la Loi sur les Indiens.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — Membres d'une bande indienne intentant une action en leur nom personnel et au nom de tous les membres ne résidant pas ordinairement sur la réserve — Il n'est pas nécessaire de prouver l'appui de toutes ces personnes — Les demandeurs nommés peuvent intenter une action collective au nom d'une catégorie de membres d'une bande indienne pour faire trancher des questions constitutionnelles, dont celle des droits communs, même en dépit de l'opposition expresse de certains membres de la catégorie.*

En vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, un membre d'une bande doit résider ordinairement sur la réserve

ble to vote in band elections. The *Indian Band Election Regulations* and by-laws of the Batchewana Indian Band provide some criteria for determining whether a person is "ordinarily resident" on a reserve.

The plaintiffs sought a declaration that these provisions contravened section 15 and paragraph 2(d) of the Charter; a declaration that these sections did not apply to elections held under the *Indian Act* for the Batchewana Band; orders granting or restoring to all adult members of the Band, wherever resident, the right to vote.

With respect to standing, it was not necessary for the plaintiffs to prove that they have the support of all the members of the Band not ordinarily residing on the reserve. Named plaintiffs may bring a class action on behalf of a category of fellow Indian band members for constitutional determinations involving communal rights, even where some members of the class expressly oppose the action. In any event, in view of the relaxed requirements for standing to bring actions for declarations in constitutional and public law cases, the plaintiffs have standing to seek the declarations herein.

It was established that in 1991, 68% of the Band lived off Band reserves and that most of those who wanted to live on a reserve could not expect to do so very soon. For most, subsidies are required, coming from government funding whose recipients are chosen by, or under the control of, the Band Council.

The reserves in question were held by Her Majesty for the use and benefit of the Batchewana Band which, by virtue of the Act, included all of its members whether resident on the reserve or not.

No member of a band can be lawfully in possession of land on a reserve unless it is allotted to him by the council of the band which is now, of course, elected by those already resident on the reserve. Reserve lands cannot be surrendered to Her Majesty unless such surrender is approved by a majority of the electors of the band, those band members not ordinarily resident on the reserve being disqualified from voting. Band members not ordinarily resident on a reserve are also prevented, being denied the right to vote, from having a say with respect to the use and disposition of Indian moneys, even though it is supposed to be used for the benefit of the band.

*Held*, a declaration should issue that subsection 77(1) of the *Indian Act* is invalid with respect to the Batchewana Indian Band, but the declaration should be suspended until July 1, 1994, subject to further order of the Court.

There was discrimination: the denial of the right to vote in Band Council elections, or for other purposes such as the approval of the surrender of any interest in the reserve or the use of Indian moneys, has a significant negative impact on those not ordinarily resident on the reserve. Having no electo-

pour être habile à voter aux élections de la bande. Le *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et les règlements administratifs de la bande indienne de Batchewana établissent certains critères permettant de déterminer si une personne «réside ordinairement» sur une réserve.

<sup>a</sup> Les demandeurs cherchent à obtenir un jugement déclarant que ces dispositions contreviennent à l'article 15 et à l'alinéa 2d) de la Charte, et qu'elles ne s'appliquent pas aux élections tenues sous le régime de la *Loi sur les Indiens* au sein de la bande de Batchewana; ils demandent enfin des ordonnances <sup>b</sup> ayant pour effet d'accorder ou de rétablir le droit de vote à tous les membres adultes de la bande, résidents ou non.

En ce qui concerne la qualité pour agir, il n'est pas nécessaire que les demandeurs prouvent qu'ils ont l'appui de tous les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur la réserve. Les demandeurs nommés peuvent intenter une action collective au nom d'une catégorie de membres d'une bande indienne pour faire trancher des questions constitutionnelles, dont celle des droits communs, même lorsque certains membres de la catégorie s'y opposent expressément. Quoi qu'il en soit, vu les exigences souples entourant la qualité pour <sup>c</sup> intenter des actions déclaratoires en matière constitutionnelle <sup>d</sup> et de droit public, les demandeurs ont qualité pour demander les déclarations visées en l'espèce.

Il a été établi qu'en 1991, 68 % des membres de la bande vivaient à l'extérieur des réserves de la bande et que la majorité de ceux qui voudraient y habiter ne pouvaient espérer le faire dans un proche avenir. Dans la plupart des cas, il leur faudrait des subventions gouvernementales, lesquelles sont accordées à ceux qui sont choisis par le conseil de bande ou sous son contrôle.

Les réserves en cause en l'espèce sont détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande de Batchewana, laquelle, en vertu de la Loi, comprend tous les membres qu'ils résident ou non dans la réserve.

Un membre de la bande ne peut être légalement en possession d'une terre dans la réserve que si la possession lui en a été accordée par le conseil de la bande, lequel est naturellement élu par ceux qui résident déjà dans la réserve. Des terres de réserve ne peuvent être cédées à Sa Majesté à moins que cette cession ne soit approuvée par une majorité des électeurs de la bande, les membres ne résidant pas ordinairement sur la réserve étant inhabiles à voter. N'ayant pas droit de vote, ces derniers ne peuvent non plus faire valoir leur opinion en ce qui touche l'emploi de l'argent des Indiens, même si ces sommes doivent être dépensées au profit de la bande.

*Jugement*: il y a lieu de prononcer un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* est invalide à l'égard de la bande indienne de Batchewana, mais d'en suspendre l'exécution jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994, à moins d'ordonnance contraire de la Cour.

Il y a discrimination: le refus d'accorder le droit de vote aux élections au conseil de bande ou à des fins telles que l'approbation de la cession d'un intérêt dans la réserve ou l'emploi de l'argent des Indiens a des répercussions négatives importantes sur ceux qui ne résident pas ordinairement sur la réserve.

ral voice in the election of the Band Council, they have no say in the pace at which the Band Council makes land available on the reserve for newcomers nor in the allocation of housing funds which the Band Council obtains from the Government of Canada for the provision of housing on the reserve. On the facts of this case, Band members not ordinarily resident on any of the Batchewana Band's reserves, in general, form a group which historically has suffered disadvantages because of their inability to move onto the reserves. In many cases, they were those who regained Indian status through Bill C-31 after having been historically denied membership in their band (and thus the right to live on a reserve) because of sex or race, their mother having married outside the Indian race or their parents having been obliged to give up Indian status in order to enjoy the same rights as Canadians of other races. Having been restored to the Band membership they had lost under the gender or racially based laws, they now find their ability to reside on a reserve is limited.

The restriction of the franchise to those band members ordinarily resident on the reserve is based on an irrelevant personal characteristic when that franchise has to do with the disposition of lands and moneys held by Her Majesty for the use and benefit of the band, the band including all members and not simply those resident on the reserve.

It was sufficient to hold subsection 77(1) of the *Indian Act* an infringement of subsection 15(1) of the Charter for the purposes identified, although the unconstitutional consequences flow from its impact on such provisions as paragraph 39(1)(b), subsections 64(1) and 66(1) of the Act.

The application of subsection 77(1) to Band Council elections for the purpose of electing a Council to carry on the ordinary governance of the reserve itself did not infringe subsection 15(1) of the Charter. With respect to the application of subsection 77(1) so as to preclude members of the Band not ordinarily resident on a reserve from having any political say in decisions concerning the disposition of the reserve itself or of "Indian moneys", there could be no justification under section 1 of the Charter.

It was not necessary to decide whether subsection 77(1) of the Act infringed the freedom of non-resident members to associate with resident members (paragraph 2(d) of the Charter).

Since it was not possible to sever the invalid parts of subsection 77(1), the declaration had to be that subsection 77(1) was invalid in its entirety. However, this was a case where the operation of the declaration should be suspended—until July 1, 1994—to allow time, *inter alia*, for the parties to react and for parliamentary consideration of the modifications in the *Indian Act* which might be appropriate.

N'ayant pas voix au chapitre pour ce qui est de l'élection du conseil de bande, ils ne peuvent exprimer leur avis sur le rythme auquel le conseil attribue des terres aux nouveaux venus dans la réserve ni sur la répartition des sommes destinées à l'habitation que le conseil obtient du gouvernement du Canada. En l'espèce, les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur l'une des réserves de la bande de Batchewana forment, de façon générale, un groupe qui a été historiquement défavorisé du fait de leur incapacité de s'établir dans les réserves. Il s'agit, dans de nombreux cas, de personnes qui ont recouvré leur statut d'Indiens grâce au projet de loi C-31 après s'être vu historiquement priver de leur appartenance à la bande (et donc de leur droit de vivre dans une réserve) du fait de leur sexe ou de leur race, leur mère ayant épousé un homme d'une autre race ou leurs parents ayant été obligés de renoncer à leur statut d'Indiens afin de jouir des mêmes droits que les Canadiens d'autres races. Une fois recouvré le statut qu'ils avaient perdu en raison de dispositions fondées sur le sexe ou la race, ils constatent maintenant que la possibilité de résider dans une réserve leur est limitée.

La restriction du droit de vote aux membres qui résident ordinairement sur la réserve est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente lorsque ce droit de vote se rapporte à la façon de disposer des terres et de l'argent des Indiens que détient Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande, la bande incluant tous les membres et non seulement les résidents de la réserve.

Il suffit de déclarer que, pour les fins déterminées, le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte bien que son inconstitutionnalité découle de son effet sur des dispositions tels l'alinéa 39(1)b) et les paragraphes 64(1) et 66(1) de la Loi.

L'application du paragraphe 77(1) aux élections du conseil de bande aux fins d'élire un conseil chargé de l'administration courante de la réserve elle-même ne contrevient pas au paragraphe 15(1) de la Charte. En ce qui concerne l'application du paragraphe 77(1) ayant pour résultat d'empêcher les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur une réserve d'exprimer leur opinion politique quant aux décisions relatives à la façon de disposer de la réserve elle-même ou de l'«argent des Indiens», elle n'a aucune justification eu égard aux exigences de l'article premier.

Il n'y a pas lieu de se prononcer sur la question de savoir si le paragraphe 77(1) de la Loi porte atteinte à la liberté des membres non-résidents de s'associer avec les membres résidents (alinéa 2d) de la Charte).

Vu l'impossibilité de dissocier les parties invalides du paragraphe 77(1), le jugement doit le déclarer invalide dans sa totalité. Il s'agit toutefois d'un cas où il y a lieu de suspendre l'effet du jugement déclaratoire—jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994—afin notamment de donner aux parties le temps de réagir et de permettre un examen parlementaire des modifications qu'il conviendrait d'apporter à la *Loi sur les Indiens*.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I  
of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*  
1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II,  
No. 44], ss. 1, 2(d), 7, 15. <sup>a</sup>  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57(1) (as am.  
by S.C. 1990, c. 8, s. 19).  
*Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, s. 76.  
*Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 12(1)(b). <sup>b</sup>  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) (as am. by  
R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 32, s. 1; (4th Suppl.), c. 17,  
s. 1), 4(3), 18(1), 20(1), 39(1) (as am. *idem*, s. 3), 61,  
62, 63, 64(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 32,  
s. 10), 64.1 (as enacted *idem*, s. 11), 65, 66(1), 67, 68 <sup>c</sup>  
(as am. *idem*, s. 13), 69, 74(1), 77 (as am. *idem*, s. 14),  
81(1) (as am. *idem*, s. 15).  
*Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952, s. 3.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*,  
December 19, 1966, [1966] Can. T.S. No. 47. <sup>d</sup>

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

- Twinn v. Canada*, [1987] 2 F.C. 450; (1986), 6 F.T.R. 138  
(T.D.); *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*,  
[1975] 1 S.C.R. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1 N.R.  
225; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*,  
[1981] 2 S.C.R. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d) 588; [1982] <sup>f</sup>  
1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C. (2d) 97; 24  
C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331; *Andrews v.*  
*Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143;  
(1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34  
B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719;  
36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; (as to postponement of the  
coming into effect of a declaration): *Schachter v. Canada*,  
[1988] 3 F.C. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th) 525; 20  
C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC 14,021; 19  
F.T.R. 199 (T.D.); affd [1990] 2 F.C. 129; (1990), 66  
D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90 CLLC 14,005; 34  
F.T.R. 80; 108 N.R. 123; revd on other grounds [1992] 2  
S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036;  
10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Finlay v. Canada (Minister*  
*of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th)  
321; [1987] 1 W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17  
C.P.C. (2d) 289; 71 N.R. 338. <sup>g</sup>

## DISTINGUISHED:

- (as to the interpretation technique of "reading in"):  
*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93  
D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139  
N.R. 1. <sup>j</sup>

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la  
Partie I de la *Loi constitutionnelle 1982*, annexe B, *Loi*  
*de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C.  
(1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2d), 7, 15.  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1985, ch. 27.  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57(1)  
(mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19).  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 76.  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 12(1)(b). <sup>b</sup>  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) (mod.  
par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 1; (4<sup>e</sup> suppl.),  
ch. 17, art. 1), 4(3), 18(1), 20(1), 39(1) (mod., *idem*, art.  
3), 61, 62, 63, 64(1) (mod. par L.R.C. (1985), (1<sup>er</sup>  
suppl.), ch. 32, art. 10), 64.1 (édicte, *idem*, art. 11), 65,  
66(1), 67, 68 (mod., *idem*, art. 13), 69, 74(1), 77 (mod.,  
*idem*, art. 14), 81(1) (mod., *idem*, art. 15). <sup>c</sup>  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*,  
19 décembre 1966, [1966] R.T. Can. n° 47.  
*Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*,  
C.R.C., ch. 952, art. 3. <sup>d</sup>

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Twinn c. Canada*, [1987] 2 C.F. 450; (1986), 6 F.T.R. 138  
(1<sup>re</sup> inst.); *Thorson c. Procureur général du Canada et*  
*autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; 1  
N.R. 225; *Ministre de la Justice du Canada et autre c.*  
*Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; (1981), 130 D.L.R. (3d)  
588; [1982] 1 W.W.R. 97; 12 Sask. R. 420; 64 C.C.C.  
(2d) 97; 24 C.P.C. 62; 24 C.R. (3d) 352; 39 N.R. 331;  
*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1  
R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R.  
289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R.  
D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; (sur le report de  
l'entrée en vigueur d'un jugement déclaratoire): *Schach-*  
*ter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515; (1988), 52 D.L.R. (4th)  
525; 20 C.C.E.L. 301; 9 C.H.R.R. D/5320; 88 CLLC  
14,021; 19 F.T.R. 199 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1990] 2 C.F.  
129; (1990), 66 D.L.R. (4th) 635; 29 C.C.E.L. 113; 90  
CLLC 14,005; 34 F.T.R. 80; 108 N.R. 123; inf., pour  
d'autres motifs, par [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93  
D.L.R. (4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139  
N.R. 1; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986]  
2 R.C.S. 607; (1986), 33 D.L.R. (4th) 321; [1987] 1  
W.W.R. 603; 23 Admin. L.R. 197; 17 C.P.C. (2d) 289; 71  
N.R. 338. <sup>e</sup>

## DISTINCTION FAITE AVEC:

- (sur la technique de l'interprétation «atténuée»): *Schach-*  
*ter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; (1992), 93 D.L.R.  
(4th) 1; 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*Montana Band of Indians v. Canada*, [1991] 2 F.C. 30; [1991] 2 C.N.L.R. 88; (1991), 120 N.R. 200 (C.A.); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Lovelace v. Canada* (1983), 1 *Can. Human Rights Y.B.* 305 (U.N.H.R.C.); *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; (1990), 104 A.R. 124; [1990] 2 W.W.R. 220; 71 Alta. L.R. (2d) 145; 53 C.C.C. (3d) 330; 74 C.R. (3d) 129; 46 C.R.R. 236; 103 N.R. 282; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

APPLICATION for a declaration that in the circumstances of this case, certain sections of the *Indian Act*, the *Indian Band Election Regulations* and certain by-laws of the Batchewana Indian Band restricting the right to vote to Band members ordinarily resident on the reserve contravene sections 15, 2(d) and 7 of the Charter. Subsection 77(1) of the *Indian Act* is declared in contravention of subsection 15(1) of the Charter in the circumstances of this case. The coming into effect of the declaration is postponed until July 1, 1994.

## COUNSEL:

*Raymond G. Colautti and Gregory A. Campbell* for plaintiffs.  
*John B. Edmond* for the defendant Her Majesty the Queen.

## SOLICITORS:

*Paroian, Raphael, Courey, Cohen & Houston*, Windsor, Ontario, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant Her Majesty the Queen.  
*Lang Michener*, Toronto, for defendant Batchewana Indian Band.

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

## DÉCISIONS CITÉES:

*Bande indienne de Montana c. Canada*, [1991] 2 C.F. 30; [1991] 2 C.N.L.R. 88; (1991), 120 N.R. 200 (C.A.); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Lovelace c. Canada* (1983), 1 *Annuaire Can. Droits de la personne* 305 (C.D.H.N.U.); *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; [1985] 4 W.W.R. 385; 35 Man. R. (2d) 83; 59 N.R. 321; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; (1990), 104 A.R. 124; [1990] 2 W.W.R. 220; 71 Alta. L.R. (2d) 145; 53 C.C.C. (3d) 330; 74 C.R. (3d) 129; 46 C.R.R. 236; 103 N.R. 282; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; (1991), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81.

REQUÊTE en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant qu'eu égard aux circonstances de l'espèce, certains articles de la *Loi sur les Indiens*, du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* et de certains règlements administratifs de la bande indienne de Batchewana restreignant le droit de vote aux membres de la bande qui résident ordinairement sur la réserve contreviennent à l'article 15, à l'alinéa 2d) et à l'article 7 de la Charte. Il est déclaré que le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* contrevient au paragraphe 15(1) de la Charte eu égard aux circonstances de l'espèce. L'entrée en vigueur du jugement déclaratoire est reportée au 1<sup>er</sup> juillet 1994.

## AVOCATS:

*Raymond G. Colautti et Gregory A. Campbell* pour les demandeurs.  
*John B. Edmond* pour la défenderesse Sa Majesté la Reine.

## PROCUREURS:

*Paroian, Raphael, Courey, Cohen & Houston*, Windsor (Ontario), pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour la défenderesse Sa Majesté la Reine.  
*Lang Michener*, Toronto, pour la défenderesse la bande indienne de Batchewana.

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

STRAYER J.:

Relief Requested

The plaintiffs are all members of the Batchewana Indian Band. The plaintiff Corbiere resides on Rankin Indian Reserve 15D, a reserve of the Batchewana Band. The other plaintiffs reside off the reserve. In their statement of claim they seek: a declaration that "in the circumstances of this case" certain sections of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5], the *Indian Band Election Regulations* [C.R.C., c. 952], and certain by-laws of the Batchewana Indian Band contravene sections 15, 2(d) and 7 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]]; a declaration that these provisions, providing as they do that a Band member must be ordinarily resident on the reserve to be eligible to vote in band elections, do not apply to elections held under the *Indian Act* for the Batchewana Band of Indians; orders which would in effect grant or restore to all adult members of the Band, wherever resident, the right to vote; an order to set aside the result of any election held after the issuance of the statement of claim filed on November 19, 1990; and costs.

During the course of argument counsel for the plaintiffs abandoned any argument based on section 7 of the Charter and also withdrew the request for an order setting aside the last election which I understand was held in December, 1990.

Facts

The defendant Batchewana Indian Band took no part in the trial of this action. When reference is made herein to the "defendants" it is a reference to Her Majesty and the two Ministers named in the style of cause.

LE JUGE STRAYER:

Redressement demandé

<sup>a</sup> Les demandeurs sont tous membres de la bande indienne de Batchewana. Le demandeur Corbiere réside sur la réserve 15D de Rankin, qui appartient à la bande de Batchewana. Les autres demandeurs résident à l'extérieur de la réserve. Dans leur déclaration, ils demandent à la Cour de rendre un jugement déclaratoire portant que, [TRADUCTION] «eu égard aux circonstances de l'espèce», certains articles de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5], du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* [C.R.C., ch. 952] et de certains règlements administratifs de la bande indienne de Batchewana contreviennent à l'article 15, à l'alinéa 2d) et à l'article 7 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]]; ils demandent également à la Cour de déclarer que ces dispositions, qui portent qu'un membre de la bande doit résider ordinairement sur la réserve pour être habile à voter aux élections de la bande, ne s'appliquent pas aux élections tenues sous le régime de la *Loi sur les Indiens* au sein de la bande indienne de Batchewana; <sup>f</sup> ils lui demandent de prononcer des ordonnances ayant pour effet d'accorder ou de rétablir le droit de vote à tous les membres adultes de la bande, résidents ou non; ils concluent enfin à une ordonnance annulant le résultat de toute élection tenue après le dépôt de la déclaration, le 19 novembre 1990, le tout avec dépens.

<sup>h</sup> Au cours des débats, l'avocat des demandeurs a abandonné le moyen fondé sur l'article 7 de la Charte et il a également retiré la demande d'ordonnance visant l'annulation de la dernière élection tenue, si je ne m'abuse, en décembre 1990.

<sup>i</sup> Les faits

<sup>j</sup> La défenderesse, la bande indienne de Batchewana, n'a pas pris part à l'instruction de la présente action. Le renvoi aux «défendeurs» sera donc un renvoi à Sa Majesté la Reine et aux deux ministres nommés en intitulé.

Before going into the facts I would note that at the beginning of the trial counsel for the plaintiffs drew to the attention of the Court the fact that the plaintiffs had not served notices of a constitutional issue on the Attorney General of each province, as is required by subsection 57(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19)] which had only recently come to his attention. That section requires such notice to be served at least ten days before the date on which a constitutional question is to be argued. I directed on May 17, 1993, the first day of the trial, that he serve such notice on each of the provincial attorneys general with the indication that any such attorney general wishing to participate should so advise the Court by June 1, 1993 in which case such attorney general would be provided with a transcript of the evidence and argument at trial and would have an opportunity to present argument and evidence to the Court with, of course, the participation of the parties. In my view this met the requirements of section 57 that an Act or regulation "shall not be adjudged to be invalid" until such notice has been given. Such notice was given and no provincial attorney general has indicated any interest in participating in this matter so I can now proceed to judgment.

Notwithstanding the detail in the statement of claim as to past examples of members of the Band not resident on the reserve being allowed to vote even after the *Indian Act* precluded this, counsel clarified that he was not suggesting that some form of estoppel entitled such members to vote now.

Counsel for the defendants contended that since in paragraph 6 of the statement of claim the plaintiffs state that they bring the action,

... on behalf of all members of the Batchewana Band of Indians who do not ordinarily reside on any reservation set aside for the Batchewana Indian Band

the plaintiffs must prove that they have the support of all such persons. It was clearly not so proven in this case. Counsel for the defendants did not produce jurisprudence in support of his proposition and I am not satisfied without more that such is the law. I have

Avant d'analyser les faits, soulignons qu'à l'ouverture de l'instruction, l'avocat des demandeurs a attiré l'attention de la Cour sur le fait que ceux-ci n'avaient pas fait signifier au procureur général de chaque province l'avis de débat d'une question constitutionnelle requis par le paragraphe 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19)], disposition dont il n'avait pris connaissance que récemment. Ce paragraphe exige en effet la signification d'un tel avis au moins dix jours avant la date à laquelle une question constitutionnelle doit être débattue. Le 17 mai 1993, soit le premier jour du procès, j'ai demandé à l'avocat de signifier à chacun des procureurs généraux des provinces un avis les priant d'aviser la Cour avant le 1<sup>er</sup> juin 1993 de leur intention de participer au débat. Le cas échéant, ils recevraient une transcription de la preuve et des débats et auraient l'occasion de présenter leur argumentation et leur preuve à la Cour, avec le concours, naturellement, des parties. À mon avis, cela satisfaisait aux exigences de l'article 57, lequel porte que les lois ou les règlements «ne peuvent être déclarés invalides» jusqu'à ce qu'avis ait ainsi été donné. L'avis ayant été donné et aucun procureur général n'ayant manifesté d'intérêt à l'égard de la présente espèce, je puis donc dès lors procéder au jugement.

Malgré les exemples que contient la déclaration quant à certains membres de la bande qui, ne résidant pas sur la réserve, ont dans le passé été autorisés à voter même après l'interdiction décrétée par la *Loi sur les Indiens*, l'avocat a expliqué qu'il ne cherchait pas ainsi à prétendre que leur droit de vote découlait aujourd'hui d'une certaine fin de non-recevoir.

L'avocat des défendeurs a soutenu qu'étant donné qu'au paragraphe 6 de la déclaration les demandeurs disent intenter l'action,

[TRADUCTION] ... au nom de tous les membres de la bande indienne de Batchewana qui ne résident pas ordinairement sur l'une des réserves mises de côté pour la bande,

les demandeurs doivent prouver qu'ils ont l'appui de toutes ces personnes. Cette preuve n'a manifestement pas été établie en l'espèce. L'avocat des défendeurs n'ayant pas cité de jurisprudence à l'appui de sa prétention, je ne suis pas convaincu, faute d'autre

held elsewhere<sup>1</sup> that named plaintiffs may bring a class action on behalf of a category of fellow Indian band members for constitutional determinations involving communal rights, even where some members of the class expressly oppose the action. In any event, the plaintiffs in the same paragraph of the statement of claim state that they bring the action on their own behalf as well. I am satisfied, having regard to the relaxed requirements for standing to bring actions for declarations in constitutional and other public law cases,<sup>2</sup> that the plaintiffs would in any event suing in their own capacity have standing to seek the declarations herein. With respect to the plaintiff John Corbiere, who does have the right to vote in Batchewana Band elections, his standing has already been adjudicated upon by Joyal J. on February 18, 1991 [[1992] 2 C.N.L.R. 31] and that decision was not appealed.

There was extensive evidence submitted, particularly through the agreed statement of facts, as to the history of this Band, its reserve lands, its voting practices, and the distribution of its membership as between those who reside on and off the reserves of the Band. Following is a summary of such facts as appear to me to be pertinent.

History of the Batchewana Band:  
Lands, Population, and Voting Practices

A salient fact is that for much of its post-treaty history, this Band did not have a land base upon which many of its members could live. The area traditionally used by this Band lies on the east shore of Lake Superior north of the present city of Sault Ste-Marie. In 1850 the Band entered into the Robinson-Huron

<sup>1</sup> *Twinn v. Canada*, [1987] 2 F.C. 450 (T.D.). See also *Montana Band of Indians v. Canada*, [1991] 2 F.C. 30, where the Federal Court of Appeal refused to strike out a statement of claim on behalf of all members of certain bands seeking constitutional declarations of aboriginal rights. Admittedly in that case standing was not raised as an issue.

<sup>2</sup> See e.g. *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607.

source, que tel soit le droit. J'ai décidé dans un autre arrêt<sup>1</sup> que les demandeurs nommés peuvent intenter une action collective au nom d'une catégorie de membres d'une bande indienne pour faire trancher des questions constitutionnelles, dont celle des droits communs, même lorsque certains membres de la catégorie s'opposent expressément à l'action. Quoi qu'il en soit, les demandeurs disent, dans le même paragraphe de leur déclaration, intenter également l'action en leur nom personnel. Vu les exigences souples entourant la qualité pour intenter des actions déclaratoires en matière constitutionnelle et de droit public en général<sup>2</sup>, je suis persuadé que les demandeurs auraient, à titre personnel, qualité pour demander les déclarations visées en l'espèce. En ce qui concerne le demandeur John Corbiere, qui a quant à lui droit de vote aux élections de la bande indienne de Batchewana, sa qualité pour agir a déjà fait l'objet d'une décision du juge Joyal, en date du 18 février 1991 [[1992] 2 C.N.L.R. 31], décision qui n'a pas été portée en appel.

Une preuve détaillée a été soumise, en particulier dans l'exposé conjoint des faits, quant à l'histoire de la bande, ses terres de réserve, son processus électoral et la répartition de ses membres entre ceux qui résident sur les réserves et ceux qui n'y résident pas. Voici un résumé des faits qui m'apparaissent pertinents.

Histoire de la bande indienne de Batchewana:  
Terres, population et processus électoral

L'un des traits marquants de l'histoire de cette bande est que, pour la majeure partie de la période postérieure aux traités, celle-ci n'a pas eu de territoire sur lequel ses membres pouvaient habiter en grand nombre. Traditionnellement, elle occupait une région située sur la rive est du Lac Supérieur, au nord de la

<sup>1</sup> *Twinn c. Canada*, [1987] 2 C.F. 450 (1<sup>re</sup> inst.). Voir également *Bande indienne de Montana c. Canada*, [1991] 2 C.F. 30, où la Cour d'appel fédérale a refusé de radier une déclaration faite au nom de tous les membres de certaines bandes et visant à obtenir des jugements déclaratoires quant à l'inscription dans la Constitution de certains droits autochtones. La question de la qualité pour agir n'a manifestement pas été soulevée en l'espèce.

<sup>2</sup> Voir à titre d'exemples *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Ministre de la Justice du Canada et autre c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.



Treaty with Her Majesty in which it surrendered most of this land in return in part for a reserve of 246 square miles. In 1859 the Band, by the Pennefather Treaty surrendered all of this reserve except Whitefish Island, a small island in the St. Mary's River at Sault Ste-Marie. For the next twenty years the Band's only land base was Whitefish Island. Starting in 1879 some small reserves were purchased for the Band but these did not attract major settlement. Until 1952 a number of members of the Band lived on the Garden River Reserve which did not belong to this Band, such use of the Garden River Reserve having been arranged pursuant to the Pennefather Treaty. Finally in 1952 a substantial reserve of 3,763.9 acres was established for the Band at Rankin Location immediately adjacent to Sault Ste-Marie. Since 1952 this reserve has been developed by the Band and apparently is the place where the most Band members live on any reserve. A further small reserve was established for the Band in 1962 at Batchewana Bay.

For much of the time since 1850, a majority of the members of the Band have not lived on reserves of that Band. In 1953, one year after the establishment of its Rankin Reserve, only 34% of the Band lived on the Band's reserves.<sup>3</sup> Due largely to an ambitious housing programme on Rankin Reserve, by 1980 the situation had reversed with some 66.5% of the Band living on reserves of the Band. In 1985 this figure had increased to nearly 69%. Thereafter the position was quickly reversed due to a rapid increase in the membership of the Band, with most of the new members living off the reserve.<sup>4</sup> It is not in dispute that this rapid increase in membership came about as a result of the amendments to the *Indian Act* in 1985<sup>5</sup> (Bill C-31) which restored eligibility for membership in Indian bands of many Indians who had previously lost their Indian status. Statistics provided by the defendants show that, in the period 1985-1989, of the total growth of 678 in Band membership, 574 were brought in by virtue of Bill C-31.<sup>6</sup> Most of the Indians restored to Band membership pursuant to this legislation were women, and the children of such

<sup>3</sup> Agreed statement of facts, para. 33.

<sup>4</sup> Exhibit D-11, as amended at trial.

<sup>5</sup> S.C. 1985, c. 27 [*An Act to amend the Indian Act*].

<sup>6</sup> Exhibit D-16, at p. 3 and Table 2-2.

ville actuelle de Sault Ste-Marie. En 1850, la bande a conclu avec Sa Majesté le Traité Robinson-Huron par lequel elle cédaît la majeure partie de cette terre en échange, notamment, d'une réserve de 246 milles carrés. En 1859, par le Traité Pennefather, elle cédaît la totalité de cette réserve à l'exception de la petite île Whitefish de la rivière St. Mary, à Sault Ste-Marie. Pendant les vingt années qui ont suivi, la bande avait pour seul territoire l'île Whitefish. À partir de 1879, de petites réserves ont été achetées pour la bande mais celles-ci n'ont pas attiré d'établissement majeur. Jusqu'à 1952, un certain nombre de membres de la bande vivaient sur la réserve de Garden River, laquelle n'appartenait pas à la bande mais dont elle pouvait faire usage en vertu du Traité Pennefather. Enfin en 1952, une réserve importante de 3 763,9 acres a été établie pour elle à Rankin Location, tout près de Sault Ste-Marie. Depuis cette date, la réserve s'est développée et c'est apparemment l'endroit où l'on retrouve le plus grand nombre de membres de la bande. Une autre petite réserve a été établie en 1962 à la baie de Batchewana.

Pendant la majeure partie de la période écoulée depuis 1850, la majorité des membres de la bande n'ont pas vécu sur des réserves de cette bande. En 1953, soit un an après l'établissement de la réserve de Rankin, seulement 34 % des membres vivaient sur des réserves de la bande<sup>3</sup>. En raison largement d'un ambitieux programme de logement dans la réserve de Rankin, la situation s'était inversée en 1980: 66,5 % des membres habitaient alors sur des réserves de la bande. En 1985, cette proportion avait atteint près de 69 %. Par la suite toutefois, la situation s'est à nouveau inversée du fait d'une augmentation rapide du nombre de membres, la plupart des nouveaux venus résidant à l'extérieur de la réserve<sup>4</sup>. Cette augmentation rapide, cela n'est pas contesté, résulte des modifications apportées en 1985 à la *Loi sur les Indiens*<sup>5</sup> (projet de loi C-31), lesquelles ont rétabli l'admissibilité au sein des bandes de nombreux Indiens qui avaient antérieurement perdu leur statut. Selon les statistiques fournies par les défendeurs, sur les 678 nouveaux membres enregistrés entre 1985 et 1989, 574 l'ont été en raison du projet de loi C-31<sup>6</sup>. La plu-

<sup>3</sup> Exposé conjoint des faits, par. 33.

<sup>4</sup> Pièce D-11, telle que modifiée à l'instruction.

<sup>5</sup> S.C. 1985, ch. 27 [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*].

<sup>6</sup> Pièce D-16, à la p. 3 et tableau 2-2.

women, who had lost their status through marriage to non-Indians. There were also some who recovered their status which had been lost because they or their parents had become "enfranchised" voluntarily. One of the present plaintiffs, Frank Nolan, recovered his Indian status which had been lost by his father having been enfranchised in 1928. The result of this rapid increase in the membership of the Band was that, although in 1985 some 69% of the Band lived on Band reserves, by 1991 that situation was almost exactly reversed with some 68% living off the reserve. During this period the total Band membership grew from 543 to 1,426.

It is obvious that most of those members residing off Band reserves who want to live on a reserve cannot expect to do so very soon. For most, subsidies are required, coming from government funding whose recipients are chosen by, or under the control of, the Band Council. From 1952 when the Band obtained Rankin Reserve and thus a sound land base, until 1985 when Bill C-31 was adopted, membership living on the Band's reserves had with a fairly vigorous housing programme gone to 386. Between 1985 and 1991 the on-reserve population grew by only 68, whereas the off-reserve population grew by 730 (an average of over 121 per year). Evidence of the subsidized reserve housing programme for 1992<sup>7</sup> indicates 21 units under construction, of which 16 were for non-residents of the reserve. At this rate it will be many years before those members who want to live on the reserve will be able to do so, if ever. Two of the named non-resident plaintiffs in the present case testified and neither said clearly that he or she wanted to live on the reserve. Two other non-resident Band members testified they would like to live on the reserve but were in effect unable to do so because of housing funds not being available, either from the Band subsidy programme or their own resources. I think it is legitimate to infer that many of the non-resident members on whose behalf this action is brought face similar problems and will have no practical access to housing on the reserve for a long time.

<sup>7</sup> Exhibit 250, Schedule F; and evidence of Chief Vernon Syrette.

part des Indiens ayant ainsi recouvré leur appartenance à une bande étaient des femmes et leurs enfants ayant perdu leur statut à cause de leur mariage avec des non-Indiens. Certains également ont recouvré le statut qu'ils avaient perdu du fait qu'eux-mêmes ou leurs parents s'étaient volontairement «émancipés». Ainsi, l'un des demandeurs en l'espèce, Frank Nolan, a recouvré le statut d'Indien que son père avait perdu en s'émancipant en 1928. Cette croissance rapide du nombre de membres de la bande a eu le résultat suivant: bien qu'en 1985 environ 69 % des membres vivaient sur des réserves de la bande, la situation était presque exactement l'inverse en 1991, avec 68 % des membres habitant à l'extérieur des réserves. Pendant cette période, le nombre total de membres de la bande est passé de 543 à 1 426.

Il est évident que la majorité des membres résidant à l'extérieur des réserves de la bande et qui voudraient y habiter ne peuvent espérer réaliser leur projet à court terme. Dans la plupart des cas il leur faudrait des subventions gouvernementales, lesquelles sont accordées à ceux qui sont choisis par le conseil de bande ou sous son contrôle. De 1952, année où la bande a obtenu la réserve de Rankin et partant, une assise territoriale importante, jusqu'à 1985, année de l'adoption du projet de loi C-31, l'implantation d'un programme de logement assez vigoureux avait porté à 386 le nombre de membres vivant dans des réserves de la bande. Entre 1985 et 1991, la population des réserves s'est accrue de seulement 68 personnes, alors que la population à l'extérieur des réserves a augmenté de 730 personnes (soit une moyenne annuelle de plus de 121 personnes). Selon le programme de logements subventionnés sur les réserves présenté en preuve pour l'année 1992<sup>7</sup>, 21 unités étaient en construction, dont 16 étaient destinées à des non-résidents. À ce rythme, il faudra plusieurs années avant que les membres qui veulent vivre sur la réserve soient en mesure de le faire, si tant est qu'ils le puissent un jour. Deux des demandeurs non-résidents nommés dans la présente instance ont témoigné, et ni l'un ni l'autre n'ont indiqué clairement leur intention de vivre dans la réserve. Deux autres membres non-résidents ont déclaré qu'ils aimeraient vivre dans la réserve mais qu'ils étaient

<sup>7</sup> Pièce 250, annexe F; témoignage du chef Vernon Syrette.

Elections for the Batchewana Band Council have, since 1899, been governed by the *Indian Act*. At that time the *Indian Act* did not require that Band members be resident on a band reserve in order to vote for the band council and it is not in dispute that for several decades non-residents freely voted. In 1951 the *Indian Act* was amended<sup>8</sup> to require that band members to vote in band elections had to be “ordinarily resident on the reserve”. An order in council of that year listed the Batchewana Band as one of the bands whose elections were to be in accordance with the *Indian Act*.<sup>9</sup> Thereafter there seems to have been some looseness in applying the residence requirement, this being deduced from the fact that the Department of Indian Affairs approved of polls being set up off the reserve for band elections. It is clear, however, that by 1962 the Department took the firm position that members of the Band ordinarily resident off the reserve were not entitled to vote. This position was taken even with respect to members of the band residing on a reserve, namely the Garden River Reserve (where some members of the Batchewana Band had been accommodated ever since the Pennefather Treaty) because such members were not resident on a reserve of the Batchewana Band. The evidence indicated that there had been some protests about this situation, including a petition signed by approximately 135 Band members in 1988 requesting the Department to “restore” to non-resident members their rights to vote in Band elections. The Department rejected this petition on the basis of the requirements of present section 77 of the *Indian Act* that they be ordinarily resident on a band reserve, and denied that there was any “traditional right” for off-reserve band members to vote at band elections. An “appeal” from the 1988 election (presumably a request that the Governor in Council set aside that election) brought by two of the present plaintiffs (Charlotte Syrette and

<sup>8</sup> S.C. 1951, c. 29, s. 76; now s. 77 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 14).

<sup>9</sup> SOR/51-529.

dans l’incapacité de le faire faute de ressources personnelles ou de subventions de la bande. On peut légitimement en déduire, à mon avis, que les membres non-résidents au nom desquels la présente action est intentée sont nombreux à faire face à ces problèmes et qu’à toutes fins utiles ils n’auront pas accès avant longtemps à un logement dans la réserve.

Depuis 1899, les élections au sein du conseil de la bande de Batchewana se tiennent en conformité avec la *Loi sur les Indiens*. À cette époque, la Loi n’exigeait pas que les membres résident sur une réserve pour avoir droit d’élire le conseil de la bande et, a-t-on admis, les non-résidents ont, pendant plusieurs décennies, pu voter librement. En 1951, la *Loi sur les Indiens* a été modifiée<sup>8</sup> de façon à exiger que les membres de la bande «résident ordinairement sur la réserve» pour avoir droit de vote. Dans un décret pris cette même année, la bande de Batchewana était désignée comme l’une de celles où les élections devaient se tenir conformément à la *Loi sur les Indiens*<sup>9</sup>. Il semble y avoir eu par la suite un certain laxisme dans l’application de cette exigence, comme le démontre le fait que le ministère des Affaires indiennes permettait l’établissement de bureaux de scrutin à l’extérieur de la réserve. Il est clair, toutefois, qu’à partir de 1962 le Ministère a adopté une position ferme, à savoir que les membres de la bande résidant ordinairement à l’extérieur de la réserve n’avaient pas droit de vote. Cette position visait même les membres de la bande résidant sur une réserve, soit la réserve de Garden River (où certains membres de la bande de Batchewana avaient été logés depuis le Traité Pennefather), parce que ceux-ci ne résidaient pas sur une réserve de la bande de Batchewana. La preuve indique que cette situation a suscité quelques protestations, dont une pétition qu’ont signée environ 135 membres de la bande en 1988 pour demander au Ministère de «rétablir» le droit de vote des non-résidents. Le Ministère a rejeté la pétition en se fondant sur les exigences de l’actuel article 77 de la *Loi sur les Indiens* quant à la résidence ordinaire sur une réserve de la bande, et il a nié tout «droit traditionnel» des membres résidant à l’extérieur de la réserve de voter pour élire le conseil de bande. Pour des raisons analogues, le Ministère a rejeté un «appel»

<sup>8</sup> S.C. 1951, ch. 29, art. 76; actuel art. 77 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 14).

<sup>9</sup> DORS/51-529.

Claire Robinson) was rejected by the Department for similar reasons. This action was brought prior to the election held on December 10, 1990, where the residence requirements were again applied in accordance with section 77 of the *Indian Act*.

It should also be noted before leaving the history of election practices that the plaintiffs and others have advocated that an order in council should be passed deleting the Batchewana Band from the relevant order in council as one of those bands whose elections are to be governed by the *Indian Act*.<sup>10</sup> Those who advocate this change are apparently of the view that as the effect would be to have band elections governed by the custom of the band, such custom would permit voting by band members not resident on a band reserve. The Department of Indian and Northern Affairs has adopted a policy, whose contents are not in dispute,<sup>11</sup> which in effect means that the Minister would not make such an order unless those who now have the right to vote so decide. A request for such a change must be supported, *inter alia*, by a resolution of the band council which is of course elected exclusively by those resident on the reserve. Such a change must also be supported by the band membership and the council can choose to have such support determined in a plebiscite or public meeting where only the "electors" can vote. As will be demonstrated below, an "elector" is by definition a person ordinarily resident on the reserve. Thus those very people now disqualified from voting because elections are conducted under the *Indian Act* would not have a voice in requesting a reversion to elections conducted by custom nor, would it appear, in defining that custom.

<sup>10</sup> By s. 74(1) the Minister may declare by order that the elections of particular bands are to be held in accordance with the Act. Such a declaration can also be repealed. When this is done by the definition of "council of the band" *infra* note 12, s. 2, the council must be elected pursuant to band custom.

<sup>11</sup> Set out in Exhibit D-7.

interjeté contre l'élection de 1988 (vraisemblablement une requête au gouverneur en conseil demandant l'annulation du scrutin) par deux des demandeurs actuels (Charlotte Syrette et Claire Robinson).

<sup>a</sup> La présente instance a été instituée avant l'élection tenue le 10 décembre 1990, élection pour laquelle l'exigence de la résidence a de nouveau été appliquée suivant l'article 77 de la *Loi sur les Indiens*.

<sup>b</sup> Il importe de souligner, avant de terminer cet historique du processus électoral, que les demandeurs ont, à l'instar d'autres personnes, préconisé la prise d'un décret afin que soit rayé le nom de la bande de Batchewana de la liste des bandes dont les élections doivent, en vertu du décret applicable, être tenues selon la *Loi sur les Indiens*<sup>10</sup>. Les partisans de ce changement sont apparemment d'avis que puisqu'il en résulterait l'application de la coutume, celle-ci permettrait aux membres non-résidents de voter à l'élection du conseil de bande. Le ministère des Affaires indiennes et du Nord a adopté une politique, dont la teneur n'est pas contestée<sup>11</sup>, selon laquelle le ministre ne prendra un tel décret que si ceux qui, à l'heure actuelle, ont le droit de vote en décident ainsi. Une demande en ce sens doit être appuyée, entre autres, par une résolution du conseil de bande, lequel est évidemment élu exclusivement par les résidents de la réserve. Ce changement doit également recevoir l'appui des membres de la bande, que le conseil peut choisir de rechercher par l'entremise d'un plébiscite ou d'une réunion publique à l'occasion desquels seuls les «électeurs» peuvent voter. Comme nous le verrons plus loin, un «électeur» est, par définition, celui qui réside ordinairement sur la réserve. Ainsi, ceux qui sont aujourd'hui inhabiles à voter parce que les élections sont tenues sous le régime de la *Loi sur les Indiens* ne pourraient faire entendre leur voix pour demander le retour à la coutume ou même, semble-t-il, définir cette coutume.

<sup>i</sup>

<sup>10</sup> Aux termes de l'art. 74(1), le ministre peut déclarer par arrêté que les élections au sein d'une bande en particulier seront tenues selon la Loi. Cette déclaration peut également être abrogée. Lorsque l'abrogation se fait en modifiant la définition du terme «conseil de la bande», *infra*, note 12, art. 2, le conseil est alors élu conformément à la coutume de la bande.

<sup>11</sup> Pièce D-7.

Relevant provisions of the *Indian Act*

Subsection 2(1) of the *Indian Act*<sup>12</sup> provides the following definitions:

2. (1) . . .

“band” means a body of Indians

(a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,

(b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or

(c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;

. . .

“council of the band” means

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

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

. . .

“elector” means a person who

(a) is registered on a Band List,

(b) is of the full age of eighteen years, and

(c) is not disqualified from voting at band elections;

. . .

“Indian moneys” means all moneys collected, received or held by Her Majesty for the use and benefit of Indians or bands;

. . .

“member of a band” means a person whose name appears on a Band List or who is entitled to have his name appear on a Band List;

. . .

“reserve”

(a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band, and

(b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 and 60 and the regulations made

<sup>12</sup> R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 1; (4th Supp.), c. 17, s. 1].

Dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*

Les définitions suivantes figurent au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*<sup>12</sup>:

a 2. (1) . . .

«argent des Indiens» Les sommes d'argent perçues, reçues ou détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des Indiens ou des bandes.

. . .

b «bande» Groupe d'Indiens, selon le cas:

a) à l'usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l'usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d'argent;

c

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l'application de la présente loi.

. . .

«conseil de la bande»

d

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

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

e

. . .

«électeur» Personne qui remplit les conditions suivantes:

a) être inscrit sur une liste de bande;

b) avoir dix-huit ans;

f

c) ne pas avoir perdu son droit de vote aux élections de la bande.

. . .

«membre d'une bande» Personne dont le nom apparaît sur une liste de bande ou qui a droit à ce que son nom y figure.

g

. . .

«réserve» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l'application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime. [Je souligne.]

h

i

<sup>12</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 1; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1].

under any of those provisions, includes designated lands.  
[Emphasis added.]

From this it will be noted that there are no residence requirements as to membership in a band. Each member of a band, including the plaintiffs, forms part of the “body of Indians” for whose use and benefit the Crown holds land and moneys. There is no dispute that all the plaintiffs are such members, as are many other non-residents of this Band’s reserves similarly situated to the three non-resident plaintiffs.

By subsection 4(3) of the *Indian Act* certain sections are said not to apply to any Indian who does not ordinarily reside on a reserve. By implication it would appear that all other provisions of the Act potentially apply to band members not resident on a reserve. Subsection 18(1) provides as follows:

**18. (1)** Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band. [Emphasis added.]

Thus, the reserves in question here are held by Her Majesty for the use and benefit of the Batchewana Band which by virtue of the foregoing definitions includes all of its members whether resident on the reserve or not.

Subsection 20(1) provides as follows:

**20. (1)** No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

This means that no member of a band can be lawfully in possession of land on the reserve unless it is allotted to him by the council of the band which is of course elected by those already resident on the reserve. This provides a means of control of entry to voting rights: by for example refusing the head of a household the right to possession of a piece of land for establishing a home on the reserve, the council can exclude that person and his family from the vote.

Soulignons que ces dispositions n’assujettissent l’appartenance à une bande à aucune exigence relative à la résidence. Chaque membre d’une bande, y compris les demandeurs, fait partie d’un «groupe d’Indiens» à l’usage et au profit desquels Sa Majesté détient des terres et des sommes d’argent. Il est admis que tous les demandeurs ont cette qualité de membres, tout comme de nombreux autres non-résidents des réserves de la bande dont la situation est identique à celle des trois demandeurs non-résidents.

En vertu du paragraphe 4(3) de la *Loi sur les Indiens*, certains articles ne s’appliquent à aucun Indien ne résidant pas ordinairement dans une réserve. Implicitement, il semblerait que toutes les autres dispositions de la Loi sont potentiellement applicables aux membres de la bande ne résidant pas dans une réserve. Le paragraphe 18(1) porte:

**18. (1)** Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l’usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l’usage et au profit de la bande. [Je souligne.]

Ainsi, les réserves en cause en l’espèce sont détenues par Sa Majesté à l’usage et au profit de la bande de Batchewana, laquelle, en vertu des définitions précitées, comprend tous les membres qu’ils résident ou non dans la réserve.

Le paragraphe 20(1) dispose ainsi:

**20. (1)** Un Indien n’est légalement en possession d’une terre dans une réserve que si, avec l’approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

Cela signifie qu’aucun membre de la bande ne peut être légalement en possession d’une terre dans la réserve que si la possession lui en a été accordée par le conseil de la bande, lequel est naturellement élu par ceux qui résident déjà dans la réserve. Le conseil dispose ainsi d’un moyen de contrôler le droit de vote: en refusant, par exemple, au chef d’un ménage la possession d’une parcelle de terrain sur la réserve pour y établir son foyer, le conseil peut exclure cette personne et sa famille du vote.

Subsection 39(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 3] of the Act provides that reserve lands may not be surrendered to Her Majesty (which would normally happen in the process of lands being leased or sold by the Crown to others) unless such surrender (and thus the terms of disposition) are approved by “a majority of the electors” of the band at a meeting or in a referendum. It has been noted above in the definition in subsection 2(1) that an “elector” is a person “not disqualified from voting at band elections”. As will be seen below, by subsection 77(1) a person not ordinarily resident on the reserve is disqualified from voting in band elections. Therefore the “electors” who can approve a disposition of reserve lands do not include those members of the band living off the reserve even though the land is held for the use and benefit of all members of the band. An example of the effect of this restriction can be seen in the present case. In 1992 a referendum was held, presumably under subparagraph 39(1)(b)(iii) of the Act, to seek approval of a settlement reached between Her Majesty and the Batchewana Band concerning the disposal of Whitefish Island. This involved a payment of some \$3.4 million to the Band. The plaintiff Frank Nolan tried to vote in that referendum which involved property common to the Band, but was refused the vote because he was not a resident on the reserves of the Band.

The following provisions of the Act are found under the heading “Management of Indian Moneys” (“Indian moneys” being defined in subsection 2(1) as quoted above):

61. (1) Indian moneys shall be expended only for the benefit of the Indians or bands for whose use and benefit in common the moneys are received or held, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

62. All Indian moneys derived from the sale of surrendered lands or the sale of capital assets of a band shall be deemed to be capital moneys of the band and all Indian moneys other than capital moneys shall be deemed to be revenue moneys of the band.

Aux termes du paragraphe 39(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 3] de la Loi, des terres de réserve ne peuvent être cédées à Sa Majesté (ce qui se produirait normalement en cas de location ou de vente de terres par la Couronne à des tiers) à moins que cette cession (et donc les conditions dont elle est assortie) soit approuvée par «une majorité des électeurs» de la bande à une assemblée ou par référendum. On a souligné précédemment que, selon la définition du paragraphe 2(1), il faut pour être «électeur» «ne pas avoir perdu son droit de vote aux élections de la bande». Comme nous le verrons plus loin, une personne qui ne réside pas ordinairement sur la réserve est, en vertu du paragraphe 77(1), inhabile à voter aux élections de la bande. Par conséquent, les «électeurs» pouvant approuver l’aliénation des terres de réserve ne comprennent pas les membres de la bande vivant à l’extérieur de la réserve, même si les terres sont détenues à l’usage et au profit de tous les membres de la bande. On peut voir, en l’espèce, un effet de cette restriction. En 1992, un référendum a été tenu, vraisemblablement en vertu du sous-alinéa 39(1)(b)(iii) de la Loi, en vue d’obtenir l’approbation d’un règlement conclu entre Sa Majesté et la bande de Batchewana concernant l’aliénation de l’île Whitefish, moyennant le versement à la bande d’une somme de 3,4 millions de dollars. Le demandeur Frank Nolan a tenté de voter à ce référendum qui portait sur un bien commun à la bande, mais on lui a refusé ce droit parce qu’il ne résidait pas sur l’une des réserves de la bande.

Les dispositions suivantes de la Loi figurent sous le titre «Administration de l’argent des Indiens» (le terme «argent des Indiens» étant défini au paragraphe 2(1) précité):

61. (1) L’argent des Indiens ne peut être dépensé qu’au bénéfice des Indiens ou des bandes à l’usage et au profit communs desquels il est reçu ou détenu, et, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des clauses de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l’argent des Indiens est employé ou doit l’être, est à l’usage et au profit de la bande.

62. L’argent des Indiens qui provient de la vente de terres cédées ou de biens de capital d’une bande est réputé appartenir au compte en capital de la bande; les autres sommes d’argent des Indiens sont réputées appartenir au compte de revenu de la bande.

64. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band

(a) to distribute per capita to the members of the band an amount not exceeding fifty per cent of the capital moneys of the band derived from the sale of surrendered lands;

(j) to construct houses for members of the band, to make loans to members of the band for building purposes with or without security and to provide for the guarantee of loans made to members of the band for building purposes. [Emphasis added.]

The net result of these provisions would appear to be that moneys held by the Crown on behalf of Indian bands is held for the "use and benefit in common" of those bands. Those designated "capital moneys" come from the sale of assets such as surrendered lands. The Minister may authorize the expenditure of such capital moneys for a variety of purposes more or less directly related to the reserve of the band. However, some such expenditures could directly affect non-members such as the distribution per capita to members of the band of capital moneys under paragraph 64(1)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10] and the expenditure of money for the construction of houses for members of the band (no matter where previously resident) pursuant to paragraph 64(1)(j). It will be noted that such expenditures of capital moneys cannot be made by the Minister without the consent of the band council, which is of course elected only by those band members living on band reserves in the case of the Batchewana Band. With respect to revenue moneys the following provisions apply:

66. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of revenue moneys for any purpose that in the opinion of the Minister will promote the general progress and welfare of the band or any member of the band.

This provision means that with the consent of the council the Minister can authorize the use of revenue moneys for any purpose the Minister thinks will be for the benefit of the band or any member of the band. As an example of how this provision works, the Batchewana Band Council decided that \$100,000

64. (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et prescrire la dépense de sommes d'argent au compte en capital de la bande:

a) pour distribuer *per capita* aux membres de la bande un montant maximal de cinquante pour cent des sommes d'argent au compte en capital de la bande, provenant de la vente de terres cédées;

j) pour construire des maisons destinées aux membres de la bande, pour consentir des prêts aux membres de la bande aux fins de construction, avec ou sans garantie, et pour prévoir la garantie des prêts consentis aux membres de la bande en vue de la construction. [Je souligne.]

Le résultat net de ces dispositions semble être que les sommes d'argent détenues par la Couronne pour le compte des bandes indiennes le sont «à l'usage et au profit communs» de celles-ci. Les sommes qui sont dites appartenir au «compte en capital» proviennent de la vente de biens, telles les terres cédées. Le ministre peut autoriser la dépense de ces sommes d'argent au compte en capital à diverses fins plus ou moins directement reliées à la réserve de la bande. Toutefois, certaines de ces dépenses sont susceptibles de toucher directement des non-résidents, telles la distribution *per capita* aux membres de la bande, en vertu de l'alinéa 64(1)a [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10], de sommes d'argent portées au compte en capital, ainsi que la dépense de sommes d'argent pour la construction de maisons destinées aux membres de la bande (indépendamment de leur lieu antérieur de résidence) en vertu de l'alinéa 64(1)j). Soulignons que ces dépenses de capital ne peuvent être faites par le ministre sans le consentement du conseil de bande, lequel est bien sûr en l'espèce élu uniquement par les membres vivant sur les réserves de la bande de Batchewana. La disposition suivante s'applique aux sommes d'argent du compte de revenu:

66. (1) Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et ordonner la dépense de sommes d'argent du compte de revenu à toute fin qui, d'après lui, favorisera le progrès général et le bien-être de la bande ou d'un de ses membres.

Cette disposition signifie qu'avec le consentement du conseil le ministre peut autoriser l'utilisation de sommes d'argent du compte de revenu à toute fin qu'il estimera être à l'avantage de la bande ou d'un de ces membres. Voici un exemple: le conseil de la bande de Batchewana a décidé d'investir dans une



from the Band's revenue account should be invested in a company, Thermal Dynamics Corporation. The Minister apparently approved. The Minister also recently received a request for the use of some or all of the \$3.4 million placed in the revenue account from the Whitefish Island settlement. (It was not explained to me why these funds were put in the revenue account.) As the Band Council had not provided an adequate explanation for the intended expenditure, the Minister refused to authorize it. With an adequate explanation presumably he would have done so, even though the majority of Band members being non-resident would have had no input, directly or indirectly, into the Band Council's request.

It should be noted here that according to the evidence of a departmental officer there are very substantial sums held by bands in their own bank accounts over which the Minister has no control. These funds come from governmental grants both federal and provincial, and from revenues raised by the band through fees, etc. Such funds are for the most part (one possible exception being bursaries for band members for post-secondary education) used for services on reserves and for the benefit of those residing on reserves. It appears to me that they do not fall within the definition of "Indian moneys" in subsection 2(1) quoted above because they are not held by Her Majesty and thus do not fall within the regime of sections 61 to 69 [s. 64.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 11), s. 68 (as am. *idem*, s. 13)] of the Act.

With respect to voting rights subsection 77(1) contains the key provision under attack in this action.

77. (1) A member of a band who has attained the age of eighteen years and is ordinarily resident on the reserve is qualified to vote for a person nominated to be chief of the band and, where the reserve for voting purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors. [Emphasis added.]

The powers of the Band Council to make by-laws are set out in subsection 81(1) [as am. *idem*, s. 15] among which are included:

81. (1) . . .

compagnie, Thermal Dynamics Corporation, la somme de 100 000 \$ provenant de son compte de revenu. Le ministre a apparemment donné son approbation. Ce dernier a également reçu récemment une demande visant l'utilisation, en tout ou en partie, de la somme de 3,4 millions de dollars portée au compte de revenu et provenant du règlement touchant l'île Whitefish. (On ne m'a pas expliqué pourquoi ces fonds ont été crédités au compte de revenu.) Le conseil de bande n'ayant pas fourni d'explication satisfaisante quant à la dépense projetée, le ministre a refusé de l'autoriser. Il est à présumer que moyennant une explication satisfaisante, il aurait donné son autorisation, même si la majorité des membres non-résidents n'avaient pris aucune part, directement ou indirectement, dans la demande du conseil.

Il importe de souligner ici que selon le témoignage d'un représentant du Ministère, les bandes ont dans leurs propres comptes de banque des sommes très importantes sur lesquelles le ministre n'a aucun contrôle. Ces sommes proviennent de subventions gouvernementales, fédérales et provinciales, ainsi que des revenus perçus par la bande, sous la forme de droits, etc. Elles servent en majeure partie (à l'exception peut-être des bourses d'études post-secondaires destinées aux membres) à financer les services offerts dans les réserves et au profit de ceux qui y résident. Il m'apparaît que ces sommes n'entrent pas dans la catégorie «argent des Indiens» au sens du paragraphe 2(1) précité parce qu'elles ne sont pas détenues par Sa Majesté, et qu'elles ne sont donc pas assujetties au régime prescrit aux articles 61 à 69 [art. 64.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 11), art. 68 (mod., *idem*, art. 13)] de la Loi.

En ce qui concerne les droits de vote, la disposition clé attaquée en l'espèce est le paragraphe 77(1):

77. (1) Un membre d'une bande, qui a au moins dix-huit ans et réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la réserve, aux fins d'élection, ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers. [Je souligne.]

Le paragraphe 81(1) [mod., *idem*, art. 15] confère au conseil de bande le pouvoir de prendre des règlements administratifs pour l'une des fins énumérées dont la suivante:

81. (1) . . .

(i) the survey and allotment of reserve lands among the members of the band and the establishment of a register of Certificates of Possession and Certificates of Occupation relating to allotments and the setting apart of reserve lands for common use, if authority therefor has been granted under section 60.

It should be noted that apart from attacking the validity of subsection 77(1) of the *Indian Act*, the plaintiffs also attack section 3 of the *Indian Band Election Regulations* and certain by-laws of the Batchewana Indian Band. The Regulations in question<sup>13</sup> and the Band by-laws<sup>14</sup> do nothing more than provide some criteria for determining whether a person is "ordinarily resident" on a reserve. Nothing turns on these provisions. It is not clear to me that any authority was delegated to the Band Council to enact such by-laws, but I make no finding on that point. The essential issue to be addressed is that of the validity of subsection 77(1) of the Act which requires ordinary residence on the reserve for a member to be an "elector" and thus to exercise the various voting powers granted only to electors.

### The Plaintiffs' Pleadings

To determine whether the plaintiffs have adequately pleaded the necessary allegations to justify the kind of declaration which it seems to me is most pertinent, it is helpful to set out certain paragraphs of the statement of claim. That document alleges *inter alia* the following:

65. The Batchewana Band of Indians, as an Indian Band, is a body of Indians for whose use and benefit in common lands have been set aside and/or for whose use and benefit in common, monies are held by Her Majesty the Queen.

66. Residence on the reservation [*sic*] is not essential to retain the status of a Band member. Provided that Indian status is not given up voluntarily, or membership altered by joining another Band, Band membership is retained even if the Band member has moved off the Reservation. The plaintiffs state and the fact is that therefore, the Band has a continuing existence which is independent of the place of residence of its members.

67. Members of the Batchewana Indian Band who reside on the Reservation set aside for the Band, live on an inflexible

<sup>13</sup> C.R.C., c. 952, s. 3.

<sup>14</sup> Numbers 86-67 and 86-73.

(i) l'arpentage des terres de la réserve et leur répartition entre les membres de la bande, et l'établissement d'un registre de certificats de possession et de certificats d'occupation concernant les attributions, et la mise à part de terres de la réserve pour usage commun, si l'autorisation à cet égard a été accordée aux termes de l'article 60.

Il convient de souligner qu'outre qu'ils contestent la validité du paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, les demandeurs attaquent également l'article 3 du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* de même que certains règlements administratifs de la bande indienne de Batchewana. Le Règlement en cause<sup>13</sup> et les règlements administratifs de la bande<sup>14</sup> ne font qu'établir certains critères permettant de déterminer si une personne «réside ordinairement» sur une réserve. Ils n'ont aucune pertinence en l'espèce. Je ne suis pas certain que le conseil de bande ait été investi du pouvoir de prendre ces règlements mais je m'abstiendrai de toute conclusion sur ce point. La question essentielle à trancher est celle de la validité du paragraphe 77(1) de la Loi, lequel exige qu'un membre réside ordinairement sur la réserve pour être «électeur» et partant, exercer les divers droits de vote conférés uniquement aux électeurs.

### Actes de procédure des demandeurs

Afin de déterminer si les demandeurs ont plaidé les allégations essentielles au type de jugement déclaratoire qui me semble le plus pertinent, il est utile de reprendre certains paragraphes de la déclaration. On y allègue notamment:

[TRADUCTION] 65. La bande indienne de Batchewana constitue, à titre de bande indienne, un groupe d'Indiens à l'usage et au profit communs desquels des terres ont été mises de côté et/ou à l'usage et au profit communs desquels Sa Majesté détient des sommes d'argent.

66. La résidence sur la réserve n'est pas une condition essentielle au statut de membre de la bande. Pourvu qu'il n'y ait pas abandon volontaire du statut d'Indien, ou qu'il n'y ait pas changement d'appartenance du fait de l'adhésion à une autre bande, le membre de la bande le demeure même s'il s'établit à l'extérieur de la réserve. En conséquence, les demandeurs affirment, et le fait est que la bande a une existence perpétuelle indépendante du lieu de résidence de ses membres.

67. Les membres de la bande indienne de Batchewana qui résident dans la réserve mise de côté pour la bande vivent sur un

<sup>13</sup> C.R.C., ch. 952, art. 3.

<sup>14</sup> Numéros 86-67 et 86-73.

land base held on collective behalf of the entire Band membership by Her Majesty the Queen. Resident and non-resident Band members share in a group claim upon all Reservation lands and on all capital and revenue funds accumulated on behalf of all Band members.

68. The plaintiffs therefore plead and the fact is that all members of the Band, whether resident or non-resident on the Reservation, have an equality of interest and benefit in Band lands, assets and activities.

69. The plaintiffs state that the status of Band membership is analogous to citizenship.

These allegations should be kept in mind in relation to the relief sought, part of which is set out as follows:

74. The plaintiff therefore claims:

a) A declaration that, in the circumstances of this case, section 77 of the Indian Act, section 3 of the Indian Band Election Regulations and By-Law numbers 86-67 and 86-73 of the Batchewana Indian Band contravene sections 15, 2(d) and 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

b) A declaration that section 77 of the Indian Act, section 3 of the Indian Band Election Regulations and By-Law numbers 86-67 and 86-73 of the Batchewana Indian Band providing that a Band member must be ordinarily resident on the reserve to be eligible to vote or stand for election in Band elections, do not apply to elections held under the Indian Act for the Batchewana Band of Indians.

### Issues

The following appear to be the relevant issues:

(1) Does the denial of the vote in band elections or the status of "elector" to members of the Batchewana Band not ordinarily resident on its reserves infringe section 15 of the Charter?

(2) If so, can such limitations be justified under section 1 of the Charter?

(3) Is the "freedom of association" of band members not ordinarily resident on the reserve, as guaranteed by paragraph 2(d) of the Charter, infringed by such restrictions?

(4) If so, are such limitations justified under section 1 of the Charter?

territoire immuable que Sa Majesté détient collectivement pour l'ensemble des membres de la bande. Les membres résidents et non-résidents jouissent d'un droit collectif sur toutes les terres de réserve et sur tous les fonds au compte de capital et de revenu accumulés au nom de tous les membres de la bande.

a 68. Les demandeurs plaident en conséquence, et le fait est que tous les membres de la bande, qu'ils résident ou non sur la réserve, ont un intérêt et un profit égaux eu égard aux terres, aux biens et aux activités de la bande.

b 69. Les demandeurs affirment que le statut de membre d'une bande est analogue à la citoyenneté.

Il importe de lire ces allégations parallèlement aux redressements demandés, dont notamment les suivants:

c [TRADUCTION] 74. Le demandeur conclut donc:

d a) à un jugement déclaratoire portant qu'en égard aux circonstances de l'espèce, l'article 77 de la Loi sur les Indiens, l'article 3 du Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens et les règlements administratifs 86-67 et 86-73 de la bande indienne de Batchewana contreviennent à l'article 15, à l'alinéa 2d) ainsi qu'à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés;

e b) à un jugement déclaratoire portant que l'article 77 de la Loi sur les Indiens, l'article 3 du Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens et les règlements administratifs 86-67 et 86-73 de la bande indienne de Batchewana, qui disposent qu'un membre de la bande doit résider ordinairement sur la réserve pour avoir droit de vote ou se porter candidat aux élections de la bande, ne s'appliquent pas aux élections tenues sous le régime de la Loi sur les Indiens au sein de la bande indienne de Batchewana.

### Questions en litige

Voici les questions qui apparaissent pertinentes dans le présent litige:

g (1) Le refus d'accorder le droit de vote aux élections de la bande ou le statut d'«électeur» aux membres de la bande de Batchewana qui ne résident pas ordinairement sur les réserves de cette bande contrevient-il à l'article 15 de la Charte?

h (2) Dans l'affirmative, ces restrictions peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la Charte?

i (3) Ces restrictions portent-elles atteinte à la «liberté d'association» des membres de la bande ne résidant pas ordinairement sur la réserve, que leur garantit l'alinéa 2d) de la Charte?

j (4) Dans l'affirmative, ces restrictions sont-elles justifiées en vertu de l'article premier de la Charte?

ConclusionsIs Subsection 15(1) of the Charter Infringed?

Subsection 15(1) provides as follows:

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

It must first be observed that the alleged ground of discrimination here is based on the place of residence of Band members. Place of residence is not one of the grounds enumerated in subsection 15(1).

In accordance with the decision of the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*<sup>15</sup> I must first determine whether there is discrimination within the meaning of subsection 15(1). For there to be discrimination, there must be a law with some negative impact on those who allege discrimination. I am satisfied that the denial of the vote in band council elections, or for other purposes such as the approval of the surrender of any interest in the reserve, has a significant negative impact on those not ordinarily resident on the reserve. I must then, however, determine whether the ground upon which that denial occurs is one which is analogous to the grounds listed in subsection 15(1). There have been several cases where province of residence has not been considered to be an analogous ground.<sup>16</sup> This conclusion was reached in part because the non-residents in question did not have the characteristics of a "discrete and insular minority", that is they did not constitute a group which in the "entire social, political and legal fabric of our society" constituted a group which was inherently or historically disadvantaged. There was also a recognition in those cases of the impact of federalism which legitimizes differences of treatment of individuals from one province to another.

I am of the view that Band members not resident on a reserve may well constitute such a traditionally disadvantaged group, at least such members of the

<sup>15</sup> [1989] 1 S.C.R. 143.

<sup>16</sup> See e.g. *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254.

ConclusionsY a-t-il atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte?

Le paragraphe 15(1) édicte:

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.

Il importe en premier lieu de souligner que le motif de discrimination allégué en l'espèce est le lieu de résidence des membres de la bande. Or le lieu de résidence n'est pas l'un des motifs énumérés au paragraphe 15(1).

Suivant l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>15</sup>, il me faut d'abord déterminer s'il y a discrimination au sens du paragraphe 15(1). Pour qu'il y ait discrimination, il doit y avoir une règle de droit comportant certains effets négatifs sur ceux qui l'allèguent. J'ai la conviction que le refus d'accorder le droit de vote aux élections au conseil de bande ou à des fins telle que l'approbation de la cession d'un intérêt dans la réserve a des répercussions négatives importantes sur ceux qui ne résident pas ordinairement sur la réserve. Il me faut toutefois déterminer ensuite si le motif de ce refus est analogue à l'un des motifs énumérés au paragraphe 15(1). Dans quelques arrêts, on a considéré que la province de résidence ne constituait pas un motif analogue<sup>16</sup>, notamment parce que les non-résidents en cause n'avaient pas les caractéristiques d'une «minorité discrète et isolée», à savoir qu'ils ne constituaient pas un groupe qui, «dans les contextes social, politique et juridique de notre société», avait été historiquement ou systématiquement défavorisé. On a également reconnu dans ces cas que le fédéralisme pouvait légitimer, d'une province à l'autre, les différences de traitement entre les personnes.

Je suis d'avis qu'il se peut fort que les membres de la bande ne résidant pas dans la réserve constituent un tel groupe traditionnellement défavorisé, du moins

<sup>15</sup> [1989] 1 R.C.S. 143.

<sup>16</sup> Voir à titre d'exemples *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254.

Batchewana Band who make up the group that is relevant for the declarations I have been asked to make. I make no observation or findings with respect to the situation of other bands. But in respect of the Batchewana Band, historically ever since 1850 there has been a substantial portion of the Band which has not been able to reside on reserve lands. While the evidence is insubstantial as to the reasons for this at various times throughout their history, I believe I can conclude that for a substantial part of that period the lands were either inadequate in scope (being almost non-existent for a certain period) or unsuitable to sustain large numbers of people. It is apparent from the rate of settlement of the Rankin Reserve after its creation in 1952 that there had been many members who wished to live on a reserve. Between 1953 and 1985 the proportion of Band members living on reserves had more than doubled from approximately 34% to some 69%. This demonstrates the impact which the creation of an appropriate reserve and a vigorous housing programme had on the ability of non-residents to exercise a choice of residence. With the amendments to the *Indian Act* in 1985, however, the proportions were again reversed so that by 1991 some 68% were living off the reserve. By far the largest cause of this phenomenon was the sudden large increase in membership of the Band brought about by Bill C-31 in 1985.<sup>17</sup> It is important to keep in mind why the new members added pursuant to Bill C-31 had previously been denied even membership in the Band and thus any possibility of residence on the reserve. For the most part they were women, or the children of such women, who had lost their Indian status through marriage to a non-Indian, a result which was dictated by the former paragraph 12(1)(b) of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6]. (Indian men did not, however, lose status by marrying non-Indians.) This provision was successfully attacked before the United Nations Human Rights Committee.<sup>18</sup> It is no coincidence that it was repealed by Parliament in Bill C-31 effective the day section

<sup>17</sup> See Exhibit D-16, Table 2-2; see also note 6 *supra*, and accompanying text.

<sup>18</sup> *Lovelace v. Canada* (1983), 1 *Can. Human Rights Y.B.* 305. While the U.N. Human Rights Committee found that paragraph 12(1)(b) discriminated on grounds of sex in depriving Mrs. Lovelace of Indian status, the Covenant [*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19,

les membres de la bande de Batchewana qui forment le groupe pertinent aux fins du jugement déclaratoire qu'on me demande de prononcer en l'espèce. Je m'abstiens de toute observation ou conclusion quant à la situation des autres bandes. Mais en ce qui concerne la bande de Batchewana, historiquement depuis 1850 une partie substantielle des membres n'a pu résider sur les terres de réserve. Bien que la preuve ne permette pas de bien comprendre les raisons de cette situation à certains moments, je crois pouvoir conclure que pendant longtemps les terres n'étaient pas suffisamment nombreuses (ou même presque inexistantes pendant une certaine période) ou étaient impropres à assurer la subsistance d'un grand nombre de personnes. Il appert du taux d'établissement sur la réserve de Rankin après sa création en 1952 que les membres étaient nombreux à désirer y vivre. Entre 1953 et 1985, la proportion des membres vivant dans les réserves a plus que doublé, passant de quelque 34 à 69 %. On peut ainsi constater l'effet que la création d'une réserve suffisante et l'adoption d'un programme énergique de logement a eu sur la capacité des non-résidents de choisir leur lieu de résidence. En raison cependant des modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985, la proportion s'est encore une fois inversée, de sorte qu'en 1991, environ 68 % des membres vivaient à l'extérieur de la réserve. Ce phénomène s'explique avant tout par la forte augmentation soudaine du nombre de membres consécutive au projet de loi C-31<sup>17</sup>. Or il importe de rappeler les raisons pour lesquelles ces nouveaux venus s'étaient vu refuser le statut de membre et partant, toute possibilité de s'établir sur la réserve. Il s'agissait pour la plupart de femmes ou de leurs enfants qui avaient perdu leur statut en raison de leur mariage avec un non-Indien, comme le prévoyait l'ancien alinéa 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6] (alors que ce n'était pas le cas pour les hommes épousant des non-Indiennes). Cette disposition a été attaquée avec succès devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>18</sup>. Ce n'est pas

<sup>17</sup> Voir pièce D-16, tableau 2-2; voir également note 6, *supra*, et le texte qu'elle accompagne.

<sup>18</sup> *Lovelace c. Canada* (1983), 1 *Ann. Can. Droits de la personne* 305. Bien que le Comité des droits de l'homme des N.U. ait estimé qu'en privant M<sup>me</sup> Lovelace du statut d'Indienne, l'alinéa 12(1)(b) constituait une discrimination fondée sur le sexe, le Pacte [*Pacte international relatif aux droits civils et*

(Continued on next page)

(Suite à la page suivante)

15 of the Charter came into force. Some others who retrieved their status pursuant to Bill C-31 had been denied such status because of their own, or (such as in the case of the plaintiff Frank Nolan) their parents' actions in choosing to be "enfranchised" and to exercise the rights of a Canadian citizen, this having caused them to lose their Indian status. It may fairly be said, therefore, that those regaining status through Bill C-31 were historically denied membership in their band (and thus the right to live on a reserve) because of sex or race, their mother having married outside the Indian race or their parents having been obliged to give up Indian status in order to enjoy the same rights and undertake the same obligations as Canadians of other races. Having been restored to the band membership they had lost under gender or racially based laws, they now find that their ability to reside on a reserve is limited. Further, their right to have a say directly or indirectly in the use or disposition of lands and revenues held by the Crown on behalf of all members of the Band is non-existent because they do not live on the reserve. Having no electoral voice in the election of the Band Council they have no say in the pace at which the Band Council makes land available on the reserve for newcomers nor in the allocation of housing funds which the Band Council obtains from the Government of Canada for the provision of housing on the reserve. I believe it is therefore possible to characterize those persons not ordinarily resident on any of the Batchewana Band's reserves as, in general, forming a group which historically has suffered disadvantages because of their inability to move onto the reserves. This is not to say, of course, that there are not some members of the group who have no desire to move onto reserves and who are by any normal measurement better off by not being on the reserves. But as demonstrated earlier, there must be many among those on whose behalf this action is brought who cannot change their place of residence to the reserve, any more readily than a person can change his citizenship—a characteristic found in *Andrews* to be analogous to those specifically mentioned in subsection 15(1).

(Continued from previous page)

1966, [1976] Can. T.S. No. 47] had not been in force when that happened. The Committee found other ongoing violations of the International Covenant.

par hasard qu'elle a été abrogée par le projet de loi C-31 le jour même de l'entrée en vigueur de l'article 15 de la Charte. Parmi les personnes ayant ainsi recouvré leur statut figuraient ceux qui, de leur propre chef ou, comme dans le cas du demandeur Frank Nolan, du chef de leurs parents, avaient choisi d'être «émancipés» et d'exercer les droits de citoyen canadien. On peut donc légitimement prétendre que ceux qui ont recouvré leur statut grâce au projet de loi C-31 s'étaient vu historiquement priver de leur appartenance à la bande (et donc du droit de vivre dans une réserve) du fait de leur sexe ou de leur race, leur mère ayant épousé un homme d'une autre race ou leurs parents ayant été obligés de renoncer à leur statut d'Indiens afin de jouir des mêmes droits et d'assumer les mêmes obligations que les Canadiens d'autres races. Une fois recouvré le statut qu'ils avaient perdu en raison de dispositions fondées sur le sexe ou la race, ils constatent maintenant que la possibilité de résider dans une réserve leur est limitée. De plus, leur droit de faire valoir directement ou indirectement leur opinion quant à l'utilisation ou à l'aliénation des terres et des revenus détenus par la Couronne pour le compte de tous les membres de la bande n'existe pas parce qu'ils ne vivent pas dans la réserve. N'ayant pas voix au chapitre pour ce qui est de l'élection du conseil de bande, ils ne peuvent exprimer leur avis sur le rythme auquel le conseil attribue des terres aux nouveaux venus dans la réserve ni sur la répartition des sommes destinées à l'habitation que le conseil obtient du gouvernement du Canada. J'estime donc qu'il est possible de caractériser les personnes qui ne résident pas ordinairement sur l'une des réserves de la bande de Batchewana comme formant, de façon générale, un groupe qui a été historiquement défavorisé du fait de son incapacité à s'établir dans les réserves. Cela ne veut pas dire, naturellement, qu'il n'y a pas parmi eux certains membres n'ayant aucun désir de s'établir dans les réserves et qui, selon les critères normaux, vivent mieux à l'extérieur des réserves. Mais ainsi qu'on l'a vu précédemment, nombreux doivent être ceux qui, parmi les membres au nom de qui la présente instance est engagée, ne

(Suite de la page précédente)

politiques, 19 déc. 1966, [1976] R.T. Can. n° 47] n'était pas en vigueur lorsque le cas s'est posé. Le Comité a conclu qu'il y avait violation d'autres dispositions du Pacte international.

Although it was described there as “immutable”,<sup>19</sup> citizenship like residence on or off a reserve is sometimes capable of change, but with considerable difficulty and is subject to the decisions of others.

Also, according to *Andrews*, in determining whether such a group is the victim of “discrimination” it is proper to look at the purpose of the law which allegedly denies them certain advantages. The Court in that case emphasized that discrimination involves distinctions based on irrelevant personal differences.<sup>20</sup> To determine whether a characteristic is “irrelevant” one must look at the nature and purpose of the legislation. Here it appears to me that the conclusions one may draw will differ with the provision of the *Indian Act* in question. I am persuaded by the expert evidence and argument submitted on behalf of the defendant Ministers that in part it is the object of the *Indian Act* to provide for a form of local government on reserves which is analogous to municipal government. It is apparent, for example, that most of the by-law making powers which the band council has under subsection 81(1) relate purely to the administration of the reserve. Further, the evidence indicates that most of the operational funding provided by the federal Government to Indian bands (which does not, as I understand it, consist of “Indian moneys” as defined by the Act) and whose expenditure is controlled by the latter subject to certain Government guidelines, relates to purely local purposes such as the provision of education on the reserve, social assistance, land management, and recreation. It is true that some of these funds can be spent in ways which will have a direct impact on non-resident members, such as the provision by the band council out of Government funds of bursaries to band members for post-secondary education or the allocation of housing funds for non-residents such as the new members brought in by Bill C-31. With respect to such local government functions of the band council,

<sup>19</sup> See note 15 *supra*, at p. 195.

<sup>20</sup> *Ibid.*, at pp. 165 and 193.

peuvent changer de lieu de résidence pour aller s'établir dans la réserve, pas plus facilement à tout le moins qu'une personne peut changer de citoyenneté —caractéristique qu'on a jugée, dans l'arrêt *Andrews*, analogue aux motifs expressément énumérés au paragraphe 15(1). Bien qu'on l'ait dite «immuable»<sup>19</sup>, la citoyenneté, tout comme la résidence dans la réserve ou à l'extérieur, peut être changée mais au prix de difficultés considérables et sous réserve de décisions relevant de tierces personnes.

Suivant l'arrêt *Andrews* il convient aussi, pour déterminer si un groupe est victime de «discrimination», d'examiner l'objet de la disposition qui le priverait de certains avantages. Dans cette affaire, la Cour a souligné que la discrimination suppose des distinctions fondées sur des différences personnelles non pertinentes<sup>20</sup>. Pour savoir si une caractéristique est «non pertinente», il faut examiner la nature et l'objet de la mesure législative. En l'espèce, il m'apparaît que les conclusions qu'on peut tirer différeront de la disposition en cause de la *Loi sur les Indiens*. Les témoignages des experts et les arguments soumis pour le compte des ministres défendeurs m'ont convaincu que la *Loi sur les Indiens* a notamment pour objet de pourvoir à la constitution d'une forme de gouvernement local sur les réserves, analogue à un gouvernement municipal. Il est manifeste, par exemple, que la plupart des pouvoirs réglementaires dont le conseil de bande est investi au paragraphe 81(1) se rapportent uniquement à l'administration de la réserve. De plus, la preuve indique que la plus grande partie du budget de fonctionnement que le gouvernement fédéral accorde aux bandes indiennes (et qui, si je ne m'abuse, ne constitue pas de l'«argent des Indiens» au sens de la Loi) et que ces dernières dépensent suivant certaines lignes directrices gouvernementales, se rattachent à des objets purement locaux tels les établissements d'enseignement dans la réserve, l'assistance sociale, la gestion foncière et les loisirs. Il est vrai que l'engagement de certaines de ces sommes aura des répercussions directes sur les membres non-résidents, tels l'octroi de bourses d'éducation post-secondaire ou l'attribution de fonds destinés au logement des nouveaux membres enregistrés après l'adoption du projet de loi

<sup>19</sup> Voir note 15, *supra*, à la p. 195.

<sup>20</sup> *Ibid.*, aux p. 165 et 193.

I do not think it is possible to say that a requirement of residence on a reserve as a condition for voting for such a local government can be described as an irrelevant personal characteristic. It is of course true, according to the evidence, that in at least four provinces in Canada non-resident property owners may vote in municipal elections. In the remaining provinces provincial law requires that a person reside in the municipality in order to vote there. While no doubt arguments can be made for the merits of both approaches, a strong rationalization can be developed for requiring that in order to vote in a municipality a person should have a very direct connection with it by residing in the municipality: it is the residents who must bear the consequences of decisions by the municipal council as to the allocation of resources or the imposition of laws and it is those persons who arguably should have the exclusive right to vote for the municipal council. To the extent that the *Indian Act* similarly requires that band members reside on the reserve in order to be able to choose a band council which is primarily involved in the governance of the territory making up the reserve, I do not think it can be regarded as for a discriminatory purpose.

It appears to me, however, that the restriction of the franchise to those band members ordinarily resident on the reserve is based on an irrelevant personal characteristic when that franchise has to do with the disposition of lands and Indian moneys held by Her Majesty "for the use and benefit of the band",<sup>21</sup> the "band" including all members and not simply those resident on the reserve. The impact of decisions concerning these dispositions is not, like that of ordinary band council decisions, confined primarily to residents of the reserve. Such decisions relate instead to the use and disposition of communal property in which every band member has a share wherever he or she may live. Therefore to impose as a condition of voting on such matters the requirement of ordinary residence on the reserve is to deny rights because of a personal characteristic which is irrelevant to the scope and existence of those rights.

<sup>21</sup> See *Indian Act*, *supra*, note 12, ss. 18(1) and 61(1).

C-31. Dans la mesure où le conseil de bande exerce ainsi les fonctions d'un gouvernement local, je ne crois pas qu'il soit possible de dire que l'exigence de la résidence sur une réserve comme condition du droit de vote soit une caractéristique personnelle non pertinente. Certes, il est en preuve que dans au moins quatre provinces canadiennes, les propriétaires peuvent voter aux élections municipales sans être résidents de la municipalité. Dans les autres provinces, les lois provinciales exigent qu'une personne réside dans la municipalité pour pouvoir y voter. Bien que les deux régimes aient sans conteste des mérites, on peut en toute rationalité faire valoir que pour être habile à voter dans une municipalité, il faut avoir avec elle un lien très direct qui se traduit par la résidence: ce sont en effet les résidents qui subissent les conséquences des décisions du conseil municipal telles la répartition des ressources ou l'adoption de mesures législatives et qui devraient donc, logiquement, avoir le droit exclusif de voter pour élire le conseil municipal. Dans la mesure où la *Loi sur les Indiens* exige pareillement que les membres de la bande résident sur la réserve afin de pouvoir choisir un conseil de bande essentiellement voué à l'administration du territoire constituant la réserve, je ne crois pas que son objet soit discriminatoire.

Cependant, il m'apparaît que la restriction du droit de vote aux membres qui résident ordinairement sur la réserve est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente lorsque ce droit de vote se rapporte à la façon de disposer des terres et de l'argent des Indiens que détient Sa Majesté «à l'usage et au profit de la bande»<sup>21</sup>, la «bande» incluant tous les membres et non seulement les résidents de la réserve. Les répercussions des décisions prises à cet égard ne sont pas essentiellement confinées, comme les décisions courantes du conseil, aux résidents de la réserve. Ces décisions concernent au contraire l'usage et l'aliénation des biens communs dont chacun des membres détient une part, quel que soit le lieu où il habite. Par conséquent, assujettir le droit de vote sur ces questions à l'exigence de la résidence ordinaire sur la réserve équivaut à nier des droits en raison d'une caractéristique personnelle qui n'est pas

<sup>21</sup> Voir la *Loi sur les Indiens*, *supra*, note 12, art. 18(1) et 61(1).



pertinente eu égard à l'existence et à la portée de ces droits.

I must therefore conclude that the combination of provisions of the *Indian Act* denying those members of the Batchewana Band not ordinarily resident on any of its reserves the right to vote, directly at a meeting or in a referendum, or indirectly through voting for the Band Council, on the use or disposition of lands or moneys held by Her Majesty for the use and benefit of the Band, contravenes subsection 15(1) of the Charter. The only relevant provision of the Act which the plaintiffs have specifically attacked in their pleadings is subsection 77(1) which requires ordinary residence on a band reserve to vote in band elections. This provision when used by reference to define "electors" creates the infringing result which is complained of, *inter alia*, in paragraphs 65 to 68 of the statement of claim quoted earlier. It will suffice to hold subsection 77(1) an infringement of subsection 15(1) for the purposes I have identified, although the unconstitutional consequences flow from its impact on such provisions as paragraph 39(1)(b), subsections 64(1) and 66(1). The latter two are included because they require the consent only of the band council which under the present dispensation is elected only by those members of the band resident on the reserve.

Il me faut donc conclure que dans la mesure où elles s'appliquent à l'emploi ou à l'aliénation des biens ou des sommes d'argent que détient Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* privant les membres de la bande de Batchewana ne résidant pas ordinairement sur l'une quelconque de ses réserves du droit de vote, que ce soit directement à l'occasion d'une assemblée ou d'un référendum ou indirectement à l'occasion des élections au conseil de bande, contreviennent au paragraphe 15(1) de la Charte. La seule disposition applicable de la Loi que les demandeurs ont expressément attaquée dans leurs actes de procédure est le paragraphe 77(1), lequel rend le droit d'élire le conseil de bande conditionnel à la résidence ordinaire sur une réserve. Cette disposition, utilisée par renvoi à la définition d'«électeur», est la source de la contravention alléguée aux paragraphes 65 à 68 précitées de la déclaration. Il suffira de déclarer que le paragraphe 77(1) contrevient au paragraphe 15(1), aux fins que j'ai précisées, bien que les conséquences inconstitutionnelles qu'il entraîne découlent de son effet sur des dispositions tels l'alinéa 39(1)b) et les paragraphes 64(1) et 66(1). J'inclus ces deux derniers paragraphes parce qu'ils exigent uniquement le consentement du conseil de bande, lequel en vertu de la dérogation en cause, n'est élu que par les membres de la bande qui résident sur la réserve.

On the other hand, I do not include in my finding of invalidity arrangements whereby the band council has the sole authority to make decisions on the spending of grants from the Government of Canada from sources other than "Indian moneys" as referred to in section 62 of the Act. As I understand it, there are many funds provided by the Government to Indian bands for various programmes which do not come within the regime of sections 61 to 69. Such parliamentary appropriations are for the most part for purely on-reserve purposes and reflect the judgment of Parliament as to how its funds should be spent. It appears to me that in respect of such funds non-resident band members can assert no communal rights.

Par contre, ne sont pas touchés par ma déclaration d'invalidité les arrangements en vertu desquels le conseil de bande a l'autorité exclusive de décider de l'emploi des subventions qu'il reçoit du gouvernement du Canada de sources autres que l'«argent des Indiens», suivant l'article 62 de la Loi. Si j'ai bien saisi, il existe de nombreux fonds gouvernementaux destinés à divers programmes qui ne relèvent pas du régime établi aux articles 61 à 69. Ces crédits parlementaires sont alloués en majorité à des fins purement relatives aux réserves et reflètent le jugement du législateur quant à la façon dont ils devraient être utilisés. Il m'apparaît qu'à l'égard de ces fonds, les membres de la bande non-résidents ne peuvent pas faire valoir de droits communs.

If subsection 15(1) rights are infringed, is such limitation justifiable under section 1?

This question must be answered in two parts: first, in respect of the application of subsection 77(1) to band council elections for the purpose of electing a council to carry on the ordinary governance of the reserve itself; and secondly, with respect to the effect of subsection 77(1) on entitlement to vote directly or indirectly (by electing members of the band council) on the disposition of reserve lands or Indian moneys held by Her Majesty for the use and benefit of the band as a whole.

With respect to the first application of subsection 77(1), I have already concluded that this does not infringe subsection 15(1) of the Charter. If however I should be wrong in this, I would still find for essentially the same reasons that the limitation of the vote for the band council, in respect of the functions of the band council in ordinary governance of the reserve, to those ordinarily resident on that reserve, is a reasonable limit prescribed by law which is demonstrably justified in a free and democratic society. While this is not the only conceivable way of qualifying the right to vote it is clearly within a permissible range of legitimate options for Parliament.

With respect to the application of subsection 77(1) in a way to preclude members of the band not ordinarily resident on a reserve from having any political say in decisions concerning the disposition of the reserve itself or of "Indian moneys", I find no justification within the requirements of section 1 of the Charter. No rationale has been seriously advanced as to why members not resident on a reserve should have no input into such decisions when these decisions involve property held for the use and benefit of the entire band and in which each member of the band has a communal interest. In the present case it is clear that band membership has always exceeded by a substantial proportion the number of members resident on the reserves of the Batchewana Band. A fundamental concept of the *Indian Act* is that a person may have Indian status, band membership, and enjoy

S'il y a atteinte au paragraphe 15(1), cette restriction peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier?

Cette question exige une réponse en deux parties: la première a trait à l'application du paragraphe 77(1) aux élections du conseil de bande aux fins d'élire un conseil chargé de l'administration courante de la réserve elle-même; la seconde concerne l'effet du paragraphe 77(1) sur le droit de se prononcer directement ou indirectement (en élisant les membres du conseil de bande) sur la façon de disposer des terres de réserve ou de l'argent des Indiens que détient Sa Majesté à l'usage et au profit de l'ensemble de la bande.

En ce qui concerne la première application du paragraphe 77(1), j'ai déjà conclu qu'il n'y a pas atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte. Si cette conclusion devait être erronée, j'estimerais néanmoins essentiellement pour les mêmes raisons que le fait de limiter le droit de vote aux élections du conseil de bande, pour ce qui est des affaires courantes de la réserve, aux résidents ordinaires de cette réserve, constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien que cette façon de restreindre le droit de vote ne soit pas la seule qu'on puisse concevoir, elle fait clairement partie de la gamme des options dont le législateur pouvait légitimement se prévaloir.

En ce qui concerne l'application du paragraphe 77(1) ayant pour résultat d'empêcher les membres de la bande qui ne résident pas ordinairement sur une réserve d'exprimer leur opinion politique quant aux décisions relatives à la façon de disposer de la réserve elle-même ou de l'«argent des Indiens», je n'y vois aucune justification eu égard aux exigences de l'article premier. On n'a apporté aucune explication sérieuse à la position voulant que les membres qui ne résident pas sur une réserve ne devraient pas pouvoir participer aux décisions portant sur des biens détenus à l'usage et au profit de l'ensemble de la bande et dans lesquels chacun des membres a un intérêt commun. En l'espèce, il est manifeste que le nombre des membres de la bande de Batchewana a toujours excédé substantiellement celui des résidents de ses réserves. Or, l'une des notions

communal rights in property, both land and moneys, held by Her Majesty for the use and benefit of the band, without living on a reserve. How then can a law be justified which denies those who do not live on a reserve—some willingly, some unwillingly any control over the disposition of that property when the consent of those who happen to live on the reserve must be obtained by Her Majesty for any such disposition? Counsel for the defendants suggested that it would be most unfair if a majority of members not resident on the reserve could outvote those resident on the reserve and approve the surrender of part or all of a reserve. He suggested that the limitation of the vote in such matters to reserve residents was therefore reasonable. I do not accept this rationale. In my view it is instead reasonable that both the resident and non-resident members of the band should have a vote directly or indirectly in such matters. It will be noted that in subsections 39(1), 64(1), and 66(1) involving respectively the surrender of reserve lands, and the expenditure of capital and revenue moneys, the approval of the Governor in Council or of the Minister of Indian Affairs is required in addition to band approval. Thus the Government can prevent unfair treatment of either the resident or non-resident members: but to do so it is important that the Government first know the views of each category of members. At the moment there is at least no formal machinery for the Government to know the views of non-resident members so that these may be taken into account. For these reasons I conclude that subsection 77(1) in so far as it precludes any participation by non-resident members in such decisions is not a reasonable limitation on the rights of those members under subsection 15(1) of the Charter.

Is freedom of association infringed?

If so, is such infringement justified under section 1 of the Charter?

Paragraph 2(d) of the Charter provides as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(d) freedom of association.

fondamentales de la *Loi sur les Indiens* est qu'il est possible d'avoir le statut d'Indien, d'appartenir à la bande et de jouir des droits communs dans les biens —terres et sommes d'argent—que détient Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande, sans vivre dans une réserve. Comment alors peut-on justifier une disposition qui nie à ceux qui ne vivent pas dans une réserve —volontairement ou involontairement selon les cas —tout contrôle sur l'aliénation de ces biens lorsque Sa Majesté doit obtenir à cette fin le consentement de ceux qui vivent dans la réserve? L'avocat des défendeurs a laissé entendre qu'il serait tout à fait injuste qu'une majorité de membres non-résidents puisse l'emporter et approuver la cession de tout ou partie d'une réserve. Selon lui, restreindre le vote en la matière aux résidents est par conséquent raisonnable. Cette explication me paraît inacceptable. À mon avis, il est au contraire raisonnable que les résidents et les non-résidents aient tous deux, directement ou indirectement, droit de vote sur ces questions. Soulignons qu'aux paragraphes 39(1), 64(1) et 66(1) qui traitent respectivement de la cession de terres de réserve, de la dépense de sommes d'argent au compte en capital et au compte de revenu, l'approbation du gouverneur en conseil ou du ministre des Affaires indiennes est exigée en plus de celle de la bande. Le gouvernement peut ainsi empêcher que les résidents ou les non-résidents reçoivent un traitement injuste: pour ce faire toutefois, il importe que le gouvernement connaisse d'abord l'opinion de chaque catégorie de membres. À l'heure actuelle, il n'existe à tout le moins aucun mécanisme formel lui permettant de connaître l'opinion des non-résidents de façon à pouvoir en tenir compte. Pour ces motifs, je conclus que dans la mesure où il empêche toute participation des membres non-résidents dans les décisions de cette nature, le paragraphe 77(1) ne constitue pas une limite raisonnable aux droits que leur garantit le paragraphe 15(1) de la Charte.

Y a-t-il atteinte à la liberté d'association?

Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte?

L'alinéa 2d) de la Charte édicte:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

d) liberté d'association.

The plaintiffs contend that the freedom of non-resident members to associate with the resident members is infringed by subsection 77(1) which has the effect of disqualifying non-resident members from voting under the Act.

This issue was not argued very fully and I think it is unnecessary for me to decide it. Even if freedom of association is infringed in respect of the denial of a vote for council in respect of the governance of the reserve, I would for the same reasons as stated above find that in this context subsection 77(1) is a reasonable limitation on that freedom justified under section 1 of the Charter. It limits the right to choose the band council in respect of the governance of the reserve to those most directly affected, namely those who live on the reserve.

With respect to the other effects of subsection 77(1), those in respect of surrender of the reserve or disposition of Indian moneys, as I have found these provisions to infringe subsection 15(1) of the Charter it is not necessary for me to consider whether they also infringe freedom of association.

#### Disposition

I have therefore concluded that a declaration should issue, to the effect that the restriction on the right to vote in subsection 77(1) of the Act to those ordinarily resident on the reserve infringes in certain respects the rights under subsection 15(1) of the Charter of such of the plaintiffs and those on whose behalf they sue who are not resident on any reserve of the Batchewana Band. Such rights are infringed by the effects of subsection 77(1) in preventing such persons any vote in respect of any potential surrender of all or part of a reserve under subsection 39(1) of the Act, or in respect of any use of Indian moneys under subsections 64(1) and 66(1) which provide for consent being given on behalf of the band by the band council for which such persons cannot vote.

Such a declaration is based, *inter alia*, on the allegations in paragraphs 65 to 68 of the statement of claim, as quoted above. The declaration being made is a portion of the relief sought in subparagraph 74a)

Les demandeurs soutiennent que la liberté des membres non-résidents de s'associer avec les membres résidents est violée par le paragraphe 77(1) qui a pour effet de rendre les non-résidents inhabiles à voter sous le régime de la Loi.

Cette question n'a pas été débattue à fond et j'estime qu'il n'y a pas lieu de statuer à cet égard. Même si la négation du droit de voter pour le conseil dans l'exercice de ses fonctions d'administrateur de la réserve porte atteinte à la liberté d'expression, je conclurais pour les motifs exposés précédemment qu'il s'agit d'une limite raisonnable apportée à cette liberté en vertu de l'article premier de la Charte. La disposition limite en effet le droit de choisir le conseil de bande, en ce qui concerne les affaires courantes de la réserve, à ceux qui sont les plus directement touchés, savoir ceux qui vivent dans la réserve.

Quant aux autres applications du paragraphe 77(1), savoir la cession de la réserve ou l'affectation de l'argent des Indiens, étant donné ma conclusion précédente que cette disposition viole le paragraphe 15(1) de la Charte, il n'est pas nécessaire d'examiner si elle contrevient également à la liberté d'association.

#### Dispositif

J'en viens en conséquence à la conclusion qu'il y a lieu de prononcer un jugement déclaratoire portant que la restriction du droit de vote, qu'impose le paragraphe 77(1) de la Loi à ceux qui résident ordinairement sur la réserve, contrevient à certains égards aux droits que garantit le paragraphe 15(1) de la Charte aux demandeurs et à ceux au nom desquels ils poursuivent qui ne résident pas sur l'une quelconque des réserves de la bande de Batchewana. Ces droits sont violés en ce que le paragraphe 77(1) empêche ces personnes de se prononcer sur la cession potentielle de tout ou partie d'une réserve en vertu du paragraphe 39(1) de la Loi, ou sur l'emploi de l'argent des Indiens sous l'empire des paragraphes 64(1) et 66(1), lesquels exigent que le conseil de bande pour l'élection duquel elles ne peuvent voter donne son consentement au nom de la bande.

Ce jugement déclaratoire est fondé, entre autres, sur les allégations contenues aux paragraphes 65 à 68, précités, de la déclaration et il représente une partie de la réparation recherchée à l'alinéa 74a). Il est

of the statement of claim. It is confined to voting rights of members of the Batchewana Band because as a trial judge I must confine myself to the actual case I have before me, its pleadings and its evidence. The declaration must be for invalidity of subsection 77(1) in its entirety, even though I have endeavoured to describe the particular effects of it which are impermissible. It is not possible to sever the invalid parts as subsection 77(1) conforms with or violates the Charter depending on the other sections governed by it. Nor is it possible to “read in” some saving interpretation: to attempt to apply the criteria laid down by the Supreme Court in *Schachter*<sup>22</sup> for reading in would in the circumstances of this case be completely speculative as to Parliament’s intentions.

I believe that this is a case where the operation of such a declaration should be suspended to allow time for parliamentary consideration of the modifications in the *Indian Act* which might be appropriate. There is no simple deletion or addition which will readily correct this situation and Parliament must have the opportunity to consider its options to make the Act conform to the Constitution. Any declaration with immediate effect could bring into doubt the ability of the Batchewana Band Council as presently elected to carry on the ordinary governance of the reserve. This is therefore an appropriate case in which to postpone the effect of the declaration.

In *Schachter*, at the trial stage, I achieved such a postponement of the coming into effect of a declaration by suspending the operation of my judgment pending appeal<sup>23</sup> and Parliament did in fact amend the law prior to the appeal process being completed. At that time the Supreme Court had not yet endorsed prospective overruling except in the unique circumstances of the *Reference re Manitoba Language Rights*.<sup>24</sup> Subsequently the Court developed the concept of allowing a “transitional period” for the coming into effect of declarations.<sup>25</sup> When the *Schachter* case reached that Court it stated, without addressing

<sup>22</sup> *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 705-715.

<sup>23</sup> [1988] 3 F.C. 515 (T.D.), at p. 550.

<sup>24</sup> [1985] 1 S.C.R. 721.

<sup>25</sup> See *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at pp. 217-218; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1022.

restreint aux droits de vote des membres de la bande de Batchewana, étant donné qu’à titre de juge de première instance, je dois me limiter à l’affaire qui m’est soumise ainsi qu’aux actes de procédure et à la preuve qui me sont présentés. Le jugement doit déclarer l’invalidité du paragraphe 77(1) dans sa totalité, même si j’ai tenté d’en décrire les applications particulières inacceptables. Il est en effet impossible d’en dissocier les parties invalides étant donné que le paragraphe 77(1) se conforme à la Charte ou y contrevient suivant les autres articles qu’il régit. Il n’est pas non plus possible d’y conférer une interprétation large susceptible d’en préserver la validité: tenter d’appliquer à cet égard le critère qu’a énoncé la Cour suprême dans l’arrêt *Schachter*<sup>22</sup> serait en effet, eu égard aux circonstances de l’espèce, prêter au législateur des intentions de façon purement spéculative.

J’estime qu’il s’agit d’un cas où il y a lieu de suspendre l’effet de la déclaration de façon à permettre un examen parlementaire des modifications qu’il conviendrait d’apporter à la *Loi sur les Indiens*. Une simple radiation ou un simple ajout ne suffiront pas en effet à corriger la situation et le législateur doit avoir l’occasion d’examiner les options dont il dispose aux fins de rendre la Loi conforme à la Constitution. Toute déclaration ayant effet immédiatement pourrait mettre en doute la capacité de l’actuel conseil de la bande de Batchewana de vaquer aux affaires courantes de la réserve. C’est donc un cas où il convient de retarder l’effet de la déclaration.

Dans l’affaire *Schachter*, j’ai retardé en première instance l’entrée en vigueur d’une déclaration en suspendant l’effet de mon jugement jusqu’à l’issue de l’appel<sup>23</sup>, et le législateur a de fait modifié la loi avant que les procédures d’appel ne soient terminées. À cette époque, la Cour suprême n’avait pas encore endossé le principe de l’annulation éventuelle, sauf dans les circonstances exceptionnelles du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*<sup>24</sup>. Subséquemment, la Cour a dégagé la notion de «période transitoire» pour l’entrée en vigueur de jugements déclaratoires<sup>25</sup>. Lorsque l’affaire *Schachter* est arri-

<sup>22</sup> *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, aux p. 705 à 715.

<sup>23</sup> [1988] 3 C.F. 515 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 550.

<sup>24</sup> [1985] 1 R.C.S. 721.

<sup>25</sup> Voir *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, aux p. 217 et 218; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 1022.

the possibility of allowing delays by the suspension of operation of a judgment pending appeal, that the proper way to allow for Parliament or legislatures to correct legislation "to fill the void" is to suspend temporarily the declaration of invalidity.<sup>26</sup> This imposes on the Trial Judge the necessity of trying to estimate, in a case such as this where there will undoubtedly be an appeal, the time which must be allowed for those appeals to be taken and disposed of in two higher courts. In order to provide some time for deliberation on the part of all those concerned as well as some time for the taking of appeals, while at the same time not unduly denying the plaintiffs the fruits of their lawsuit, I will suspend the declaration of invalidity until July 1, 1994, subject to further order of the Court. It will of course be open to the defendants to seek further extensions if a good case can be made for them.

As counsel for the plaintiffs requested, to which counsel for the defendant Ministers did not object, costs will not be dealt with in my initial order but will be the subject of further submissions by counsel orally or in writing.

I will dismiss all other forms of relief sought by the plaintiffs in paragraph 74 of the statement of claim other than that set out in subparagraph *a*). The relief requested in subparagraph *b*) is too broad having regard to my findings that the Act can operate validly in respect of band council elections as long as the powers of the band are confined to certain matters. Similarly subparagraphs *c*) and *d*) in seeking a mandatory order or an injunction are too broad because they assume that non-resident members of the Band should be entitled to vote for all purposes. As I understand it the plaintiffs withdrew the request for an order setting aside the last election as set out in subparagraph *e*) and having regard to my findings and the suspension of the declaration of invalidity this would not be appropriate.

vée en Cour suprême, celle-ci a dit, sans évoquer la possibilité d'accorder un délai en suspendant l'effet d'un jugement jusqu'à l'issue de l'appel, que la meilleure façon de permettre au législateur fédéral ou provincial de corriger des dispositions législatives afin de « combler le vide » est de suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité<sup>26</sup>. Il incombe donc au juge de première instance de tenter d'évaluer, dans un cas comme la présente espèce où il y aura incontestablement appel, le temps nécessaire pour que les appels soient formés et qu'il en soit disposé devant deux instances supérieures. Afin de permettre à toutes les parties concernées d'examiner la situation et d'engager les procédures d'appel, tout en ne privant pas indûment les demandeurs des fruits de leur poursuite, je suspendrai l'effet de la déclaration d'invalidité jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 1994, à moins d'ordonnance contraire de la Cour. Il sera bien sûr loisible aux défendeurs de demander la prorogation de cette suspension moyennant des motifs suffisants.

À la demande de l'avocat des demandeurs, et en l'absence d'opposition de la part de l'avocat des ministres défendeurs, je n'adjudgerai pas de dépens dans cette ordonnance initiale afin de permettre aux avocats de présenter des observations orales ou écrites à ce sujet.

Je rejeterai toutes les formes de réparation auxquelles les demandeurs concluent au paragraphe 74 de leur déclaration, hormis la réparation recherchée à l'alinéa *a*). La réparation demandée à l'alinéa *b*) est trop large étant donné ma conclusion que la Loi est valide eu égard aux élections au sein du conseil de bande dans la mesure où les pouvoirs du conseil se limitent à certaines questions. De même, les alinéas *c*) et *d*), où il est conclu à une ordonnance ou à une injonction mandatoire, sont trop larges parce qu'on y présume que les membres non-résidents de la bande devraient avoir un droit de vote général. Si je ne m'abuse, les demandeurs ont retiré leur demande formulée à l'alinéa *e*) quant à l'annulation de la dernière élection et, vu ma conclusion ainsi que la suspension de la déclaration d'invalidité, c'est une réparation qu'il ne conviendrait pas d'accorder.

<sup>26</sup> [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 715-716.

<sup>26</sup> [1992] 2 R.C.S. 679, aux p. 715 et 716.