

**Robert Lovelace, on his own behalf and on behalf of the Ardoch Algonquin First Nation and Allies, the Ardoch Algonquin First Nation and Allies, Chief Kris Nahrgang, on behalf of the Kawartha Nishnawbe First Nation, the Kawartha Nishnawbe First Nation, Chief Roy Meaniss, on his own behalf and on behalf of the Beaverhouse First Nation, the Beaverhouse First Nation, Chief Theron McCrady, on his own behalf and on behalf of the Poplar Point Ojibway First Nation, the Poplar Point Ojibway First Nation, and the Bonnechere Métis Association** *Appellants*

and

**Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association and the Ontario Métis Aboriginal Association** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in right of Ontario and the Chiefs of Ontario** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan, the Council of Canadians with Disabilities, the Mnjikaning First Nation, the Charter Committee on Poverty Issues, the Congress of Aboriginal Peoples, the Native Women's Association of Canada and the Métis National Council of Women** *Intervenors*

INDEXED AS: LOVELACE v. ONTARIO

Neutral citation: 2000 SCC 37.

File No.: 26165.

1999: December 7; 2000: July 20.

**Robert Lovelace, en son nom et au nom de la Première nation algonquine d'Ardoch et ses alliés, la Première nation algonquine d'Ardoch et ses alliés, le chef Kris Nahrgang, au nom de la Première nation Kawartha Nishnawbe, la Première nation Kawartha Nishnawbe, le chef Roy Meaniss, en son nom et au nom de la Première nation de Beaverhouse, la Première nation de Beaverhouse, le chef Theron McCrady, en son nom et au nom de la Première nation ojibway de Poplar Point, la Première nation ojibway de Poplar Point et l'Association des Métis de Bonnechere** *Appelants*

et

**La Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association et l'Association des Métis autochtones de l'Ontario** *Appelantes*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario et les Chefs de l'Ontario** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan, le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Première nation de Mnjikaning, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, le Congrès des peuples autochtones, l'Association des femmes autochtones du Canada et le Métis National Council of Women** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: LOVELACE c. ONTARIO

Référence neutre: 2000 CSC 37.

N° du greffe: 26165.

1999: 7 décembre; 2000: 20 juillet.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Arbour JJ.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Arbour.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indians — Proceeds of province's first reserve-based commercial casino to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under Indian Act — Whether province's decision to exclude non-band aboriginal communities from casino proceeds and from participating in the negotiations infringing s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Indiens — Recettes du premier casino commercial situé dans une réserve de l'Ontario devant être distribuées seulement aux Premières nations de cette province inscrites comme bandes en vertu de la Loi sur les Indiens — Est-ce que la décision de la province d'exclure les communautés autochtones non constituées en bandes du partage des recettes et de la participation aux négociations contrevient à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Relationship between ss. 15(1) and 15(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Corrélation entre les art. 15(1) et 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.*

*Constitutional law — Division of powers — Indians — Proceeds of province's first reserve-based commercial casino to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under Indian Act — Whether province's decision to exclude non-band aboriginal communities ultra vires — Whether province exercising its spending power — Constitution Act, 1867, s. 91(24).*

*Droit constitutionnel — Partage des compétences — Indiens — Recettes du premier casino commercial situé dans une réserve de l'Ontario devant être distribuées seulement aux Premières nations de cette province inscrites comme bandes en vertu de la Loi sur les Indiens — Est-ce que la décision de la province d'exclure les communautés autochtones non constituées en bandes est ultra vires? — La province exerçait-elle son pouvoir de dépenser? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).*

In the early 1990s, First Nations bands approached the Ontario government for the right to control reserve-based gaming activities. The profits from these activities were to be used to strengthen band economic, cultural, and social development. As a result, Ontario and representatives from Ontario's First Nations entered into a process of negotiations with the goal of partnering in the development of the province's first reserve-based commercial casino. In 1996, the appellants were informed by the province that the casino's proceeds ("First Nations Fund") were to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under the *Indian Act*. At the individual level, all of the appellate groups have members who have, or are entitled to, registration as individual "Indians" pursuant to the *Indian Act*; however, as communities, the appellant groups are non-status since they are not registered as *Indian Act* "bands", and do not have reserve lands. At motions court, the appellants successfully sought a declaration that Ontario's refusal to include them in the casino project was unconstitutional and that they should

Au début des années 90, les Premières nations constituées en bandes ont fait des démarches auprès du gouvernement de l'Ontario pour obtenir le droit de régir les activités de jeu dans les réserves. Les profits tirés de ces activités devaient être utilisés pour favoriser le développement économique, culturel et social des bandes. Par conséquent, l'Ontario et les représentants des Premières nations de l'Ontario ont entamé des négociations en vue d'établir, en partenariat, le premier casino commercial dans une réserve indienne. En 1996, les parties appelantes ont été informées par la province que les recettes du casino (le «Fonds des Premières nations») seraient distribuées uniquement aux Premières nations de l'Ontario inscrites comme bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Sur le plan individuel, tous les groupes appelants comptent des membres qui sont inscrits à titre d'«Indiens» en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou qui ont le droit de l'être; toutefois, en tant que communautés, les groupes appelants n'ont aucun statut car ils ne sont pas inscrits en tant que «bandes» au sens de la *Loi sur les Indiens* et ils n'ont pas de terres de réserve. Devant

be allowed to participate in the distribution negotiations. The judge held that (1) the exclusion of the appellants from the First Nations Fund violated their equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not justified under s. 1; (2) s. 15(2) of the *Charter* could not be invoked as a defence to the s. 15(1) violation; and (3) Ontario's actions were *ultra vires* because of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. The Court of Appeal set aside the decision, finding that the motions judge had misapprehended the facts and made errors in law. On the basis that the main object of the casino project was to ameliorate the social and economic conditions of bands, the court held that the casino project was authorized by s. 15(2) of the *Charter* and could not therefore constitute discrimination under s. 15(1). The Court of Appeal held also that the province did not act *ultra vires* the *Constitution Act, 1867* as the province simply exercised its spending power.

*Held:* The appeal should be dismissed.

This appeal should be decided on the basis of s. 15(1) of the *Charter*. Although the Court of Appeal's decision was based on the application of s. 15(2), it was rendered without the benefit of this Court's decision in *Law*. *Law* requires that the determination of a discrimination claim be grounded in three broad inquiries: (1) whether the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others; (2) whether this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds; and (3) whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory. Each of these inquiries proceeds on the basis of a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant.

Section 15(1) is to be interpreted in a purposive and contextual manner. The main focus of the inquiry is to establish whether a conflict exists between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of s. 15(1), which is to protect against the violation of essential human dignity. The contextual analysis is a directed inquiry; it is focused through the application of contextual factors which have been identified as being

la cour des requêtes, les parties appelantes ont obtenu un jugement déclarant que le refus de l'Ontario de les considérer comme parties au projet de casino était inconstitutionnel et qu'elles devaient être autorisées à participer aux négociations relatives à la distribution des recettes. Le juge a estimé (1) que l'exclusion des parties appelantes du Fonds des Premières nations portait atteinte aux droits à l'égalité que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'était pas justifiée au regard de l'article premier; (2) que le par. 15(2) de la *Charte* ne pouvait pas être invoqué comme moyen de défense relativement à la violation du par. 15(1); (3) que les actes de l'Ontario étaient *ultra vires* au regard du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge des requêtes, estimant que celui-ci avait mal saisi les faits et avait commis des erreurs de droit. La cour a conclu que, puisque l'objectif principal du projet de casino était l'amélioration de la situation sociale et économique des bandes, le projet de casino était autorisé par le par. 15(2) et qu'il ne pouvait être source de discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a également estimé que la province n'avait pas outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi constitutionnelle de 1867* puisqu'elle avait simplement exercé son pouvoir de dépenser.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Le présent pourvoi doit être décidé au moyen de l'application du par. 15(1) de la *Charte*. La décision de la Cour d'appel était fondée sur l'application du par. 15(2), mais elle a été rendue sans que la Cour d'appel n'ait l'avantage de disposer de l'arrêt *Law* de notre Cour. Suivant cet arrêt, il faut, pour statuer sur une allégation de discrimination, répondre à trois grandes questions: (1) Est-ce que la loi, le programme ou l'activité traite le demandeur différemment d'autres personnes? (2) Est-ce que cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues? (3) Est-ce que la loi, le programme ou l'activité contesté a un objet ou un effet qui est source de discrimination réelle? Chacune de ces étapes prend la forme d'une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l'allégation et le demandeur.

Il faut interpréter le par. 15(1) au moyen d'une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte. L'analyse vise principalement à déterminer s'il existe un conflit entre l'objet ou l'effet de la disposition législative contestée et l'objet du par. 15(1), qui est la protection des individus contre les atteintes à la dignité humaine essentielle. L'analyse contextuelle est balisée; elle s'attache à l'application de facteurs contextuels qui ont été consi-

particularly sensitive to the potential existence of substantive discrimination. Further, the determination of the appropriate comparator and the evaluation of the context must be examined from the reasonable perspective of the claimant. The question to be asked is whether, taking the perspective of a “reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim”, the law has the effect of demeaning a claimant’s human dignity. The s. 15(1) scrutiny, which applies to comprehensive benefit schemes as well as targeted ameliorative programs, is not limited to distinctions set out only in legislation. The activities relating to the First Nations Fund undertaken by the provincial government are open to *Charter* scrutiny as actions taken under the statutory authority of s. 15(1) of the *Ontario Casino Corporation Act, 1993*.

The s. 15(1) inquiry must proceed in this case on the basis of comparing band and non-band aboriginal communities. It is clear that the appellants have been subjected to differential treatment since the province confirmed that they were excluded from a share in the First Nations Fund and any related negotiation process. However, it is not necessary to decide whether the differential treatment was based on an enumerated or analogous ground in view of the finding at the third stage of the inquiry that even if these grounds are present there is no discrimination in the circumstances of this case.

Four contextual factors provide the basis for organizing the third stage of the discrimination analysis: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability; (ii) the correspondence, or lack thereof, between the ground(s) on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others; (iii) the ameliorative purpose or effects of the impugned law, program or activity upon a more disadvantaged person or group in society; and (iv) the nature and scope of the interest affected by the impugned government activity. The relative disadvantage of the claimant, as assessed in relation to the comparator group, does not stand alone as constituting a fifth contextual factor. The broad and fully contextual s. 15(1) analysis transcends the superficiality of a simple balancing of relative disadvantage. The inappropriateness of a relative disadvantage approach is highlighted

dérés particulièrement susceptibles de révéler l’existence potentielle de discrimination réelle. En outre, la détermination de l’élément de comparaison approprié et l’évaluation du contexte doivent être réalisées à partir du point de vue raisonnable du demandeur. La question qu’il faut se poser est de savoir si, du point de vue d’une «personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents», la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine du demandeur. L’examen fondé sur le par. 15(1), qui s’applique aux régimes d’avantages généralement accessibles de même qu’aux programmes améliorateurs ciblés, ne se limite pas aux seules distinctions établies par un texte de loi. Les activités du gouvernement provincial relatives au Fonds des Premières nations peuvent être examinées au regard de la *Charte* en tant qu’actes accomplis en vertu des pouvoirs conférés par la loi, c’est-à-dire par le par. 15(1) de la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l’Ontario*.

En l’espèce, l’analyse fondée sur le par. 15(1) doit être faite en comparant les communautés autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas. Les parties appelantes font manifestement l’objet d’un traitement différent depuis que la province a confirmé qu’elles étaient exclues de la participation aux recettes du Fonds des Premières nations et de toute négociation à cet égard. Il n’est toutefois pas nécessaire de déterminer si cette différence de traitement était fondée sur un motif énuméré ou analogue compte tenu de la conclusion, à la troisième étape de l’analyse, que, même si ces motifs sont présents, il n’y a pas de discrimination dans les circonstances de la présente affaire.

Quatre facteurs constituent les assises de la troisième étape de l’analyse relative à la discrimination: (i) la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d’une situation de vulnérabilité; (ii) la correspondance, ou l’absence de correspondance, entre les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur ou d’autres personnes; (iii) l’objet ou l’effet améliorateur de la loi, du programme ou de l’activité contesté eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; (iv) la nature et l’étendue du droit touché par l’activité gouvernementale contestée. Le désavantage relatif du demandeur, apprécié par rapport au groupe de comparaison, n’est pas considéré en soi comme un cinquième facteur contextuel. L’analyse — large et entièrement contextuelle — fondée sur le par. 15(1) transcende le caractère superficiel de la simple mise en balance des

by the unique circumstances of this case, where the disadvantages suffered both by the claimants and the comparator group must be acknowledged.

An analysis of the four contextual factors leads to the conclusion that the First Nations Fund does not conflict with the purpose of s. 15(1) and does not engage the remedial function of the equality right. While the appellants have established pre-existing disadvantage, stereotyping, and vulnerability, they have failed to establish that the First Nations Fund functioned by device of stereotype. Instead, the distinction corresponded to the actual situation of individuals it affects, and the exclusion did not undermine the ameliorative purpose of the targeted program. Second, while the appellants' needs correspond to the needs addressed by the casino program, for both the appellant and respondent aboriginal communities face these same social problems, the correspondence consideration requires more than establishing a common need. A consideration of the correspondence between the actual needs, capacities, and circumstances on the one hand, and the program on the other, indicates that the appellant aboriginal communities have very different relations with respect to land, government, and gaming from those anticipated by the casino program. Third, the focus of the ameliorative purpose analysis is not the fact that the appellant and respondent groups are equally disadvantaged, but that the program was targeted at ameliorating the conditions of a specific disadvantaged group rather than a disadvantage potentially experienced by any member of society. Although the targeted ameliorative program is alleged to be underinclusive, one must recognize that exclusion from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society. Here, the ameliorative purpose of the overall casino project and the related First Nations Fund has clearly been established. The First Nations Fund will provide bands with resources in order to ameliorate specifically social, health, cultural, education, and economic disadvantages, thereby increasing the fiscal autonomy of the bands and supporting the bands in achieving self-government and self-reliance. The First Nations Fund has a purpose that is consistent with s. 15(1) of the *Charter* and the exclusion of the appellants does not undermine this purpose since it is not associated with a misconception as to their actual needs, capacities and circumstances. Lastly, with respect to the nature of the interest affected, the targeted

désavantages relatifs. Le caractère inapproprié de la démarche fondée sur le désavantage relatif ressort des faits particuliers de la présente affaire, où il faut reconnaître les désavantages subis tant par les demandeurs que par le groupe de comparaison.

L'analyse des quatre facteurs contextuels mène à la conclusion que le Fonds des Premières nations n'est pas incompatible avec l'objet du par. 15(1) et ne fait pas entrer au jeu la fonction réparatrice du droit à l'égalité. Quoique les parties appelantes aient établi la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes et d'une situation de vulnérabilité, elles n'ont pas réussi à démontrer que l'application du Fonds des Premières nations fonctionnait par l'application de stéréotypes. Au contraire, la distinction correspondait à la situation véritable des individus qu'elle touche, et l'exclusion n'a pas compromis l'objet améliorateur du programme ciblé. Deuxièmement, bien que les besoins des parties appelantes correspondent aux besoins visés par l'établissement du casino, les communautés autochtones appelantes et les communautés autochtones intimées étant aux prises avec les mêmes problèmes sociaux, il faut prouver davantage que l'existence d'un besoin commun pour satisfaire au critère de la correspondance. L'examen de la correspondance entre les besoins, les capacités et la situation véritables d'une part, et le programme d'autre part, indique que les communautés autochtones appelantes ont, à l'égard du territoire, du gouvernement et du jeu, des rapports très différents de ceux envisagés par le programme. Troisièmement, l'aspect central de l'analyse relative à l'objet améliorateur n'est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme vise à améliorer la situation d'un groupe défavorisé plutôt qu'à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. Quoique l'on reproche au programme améliorateur ciblé d'avoir un caractère trop limitatif, il faut reconnaître qu'il est peu probable que le fait d'exclure un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat ait pour effet d'associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance et d'intégration au sein de la société dans son ensemble. En l'espèce, l'objet améliorateur du projet de casino dans son ensemble et du Fonds des Premières nations a clairement été établi. Le Fonds fournira aux bandes des ressources en vue de remédier aux désavantages sur les plans sociaux, culturels et économiques ainsi qu'en matière de santé et d'éducation, accroissant ainsi leur autonomie financière et les aidant à réaliser l'autonomie gouvernementale et l'autosuffisance. Le Fonds des

arrangement and circumstances surrounding the First Nations Fund do not result in any lack of recognition of the appellants as self-governing communities. To the extent that there is any such effect in this respect, it is remote.

Therefore, the appellants have failed to demonstrate that, viewed from the perspective of the reasonable individual, in circumstances similar to those of the appellants, the exclusion from the First Nations Fund has the effect of demeaning the appellants' human dignity. This conclusion was reached despite a recognition that the appellant and respondent aboriginal communities have overlapping and largely shared histories of discrimination, poverty, and systemic disadvantage that cry out for improvement. The contextual analysis reveals an almost precise correspondence between the casino project and the needs and circumstances of the First Nations bands. The casino project was undertaken by Ontario in order to further develop a partnership or a "government-to-government" relationship with Ontario's First Nation band communities. It is a project that is aimed at supporting the journey of these aboriginal groups towards empowerment, dignity, and self-reliance. While it is not designed to meet similar needs in the appellant aboriginal communities, its failure to do so does not amount to discrimination under s. 15.

At this stage of the s. 15 jurisprudence, s. 15(2) of the *Charter* should be understood as confirmatory of s. 15(1). In that respect, claimants arguing equality claims in the future should first be directed to s. 15(1) since that subsection can embrace ameliorative programs of the kind that are contemplated by s. 15(2). By doing that one can ensure that the program is subject to the full scrutiny of the discrimination analysis, as well as the possibility of a s. 1 review. However, in view of emerging equality jurisprudence, the possibility is not foreclosed that s. 15(2) may be independently applicable to a case in the future.

Premières nations a un objet compatible avec le par. 15(1) de la *Charte*, et l'exclusion des parties appelantes ne compromet pas la réalisation de cet objet puisqu'elle n'est pas liée à une conception erronée de leurs besoins, capacités et situation véritables. Enfin, relativement à la nature du droit touché, les mesures ciblées et les circonstances entourant le Fonds des Premières nations n'ont pas pour effet d'empêcher les parties appelantes d'être reconnues comme des communautés titulaires de l'autonomie gouvernementale. Dans la mesure où un tel effet existe, il est tenu.

Par conséquent, les parties appelantes n'ont pas démontré que, considérée du point de vue de la personne raisonnable qui serait dans une situation analogue à la leur, leur exclusion du Fonds des Premières nations a pour effet de porter atteinte à leur dignité humaine. Cette conclusion a été tirée malgré la reconnaissance du fait que les communautés autochtones appelantes et intimes partagent, dans une large mesure, un vécu de discrimination, de pauvreté et de désavantage systémique qui appelle à l'amélioration de leur sort. L'analyse contextuelle révèle une correspondance presque parfaite entre le projet de casino d'une part, ainsi que les besoins et la situation des Premières nations constituées en bandes d'autre part. Le projet de casino a été entrepris par l'Ontario afin de développer un partenariat ou des rapports de «gouvernement à gouvernement» avec les Premières nations constituées en bandes. Il s'agit d'un projet visant à appuyer la marche de ces groupes autochtones vers la prise en charge de leur destinée, la dignité et l'autosuffisance. Quoique ce projet ne soit pas conçu pour répondre aux besoins similaires des communautés autochtones appelantes, ce fait n'équivaut pas à de la discrimination au sens de l'art. 15.

Dans l'état actuel de la jurisprudence relative à l'art. 15, le par. 15(2) de la *Charte* doit être considéré comme ayant pour effet de confirmer la portée du par. 15(1). À cet égard, les demandeurs qui présenteront dans le futur des demandes fondées sur le droit à l'égalité devraient d'abord invoquer le par. 15(1), puisque cette disposition vise les programmes améliorateurs du genre de ceux envisagés au par. 15(2). En agissant ainsi, ils s'assureront que le programme fera l'objet de l'examen approfondi effectué dans le cadre de l'analyse relative à la discrimination, en plus d'ouvrir la possibilité d'un examen fondé sur l'article premier. Toutefois, à la lumière de la jurisprudence récente en matière d'égalité, il demeure possible que le par. 15(2) puisse s'appliquer de façon indépendante dans une éventuelle affaire.

Finally, the province did not act *ultra vires* in partnering the casino initiative with *Indian Act* registered aboriginal communities. The exclusion of non-registered aboriginal communities did not act to define or impair the “Indianness” of the appellants since the province simply exercised its constitutional spending power in making the casino arrangements. There is nothing in the casino program affecting the core of the s. 91(24) federal jurisdiction. Consequently, this casino program cannot have the effect of violating the rights affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and does not approach the core of aboriginality.

Enfin, la province n’a pas outrepassé ses pouvoirs en mettant de l’avant le projet de casino en partenariat avec les communautés autochtones inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*. L’exclusion des communautés autochtones non inscrites n’a pas eu pour effet de définir l’«indianité» des parties appelantes ou d’y porter atteinte, puisque la province n’a fait qu’exercer son pouvoir constitutionnel de dépenser en prenant les arrangements relatifs au casino. Aucun aspect du programme relatif au casino ne touche à l’essentiel de la compétence conférée au fédéral par le par. 91(24). En conséquence, ce programme ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il ne touche pas à l’essentiel de l’autochtonité.

### Cases Cited

**Applied:** *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153, varied (2000), 47 O.R. (3d) 30, leave to appeal granted, [2000] O.J. No. 1063 (QL); *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *R. v. Perry*, [1996] 2 C.N.L.R. 167, rev’d (1997), 148 D.L.R. (4th) 96, leave to appeal dismissed, [1997] 3 S.C.R. xii; *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387; *R. v. Willocks* (1995), 22 O.R. (3d) 552; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Collins v. Canada*, [2000] 2 F.C. 3; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Manitoba)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92; *Silano v. The Queen in Right of British*

### Jurisprudence

**Arrêt suivi:** *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153, modifié par (2000), 47 O.R. (3d) 30, autorisation d’appel accordée, [2000] O.J. No. 1063 (QL); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Perry*, [1996] 2 C.N.L.R. 167, inf. par (1997), 148 D.L.R. (4th) 96, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii; *Ontario Human Rights Commission c. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387; *R. c. Willocks* (1995), 22 O.R. (3d) 552; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Granovsky c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3; *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Manitoba)* (1987), 50 Man. R. (2d)

*Columbia* (1987), 42 D.L.R. (4th) 407; *Re MacVicar and Superintendent of Family & Children Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R.157; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

92; *Silano c. The Queen in Right of British Columbia* (1987), 42 D.L.R. (4th) 407; *Re MacVicar and Superintendent of Family & Children Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, s. 35(1).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207 [rep. & sub. c. 52 (1st Supp.), s. 3; am. 1999, c. 5, s. 6].  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “band”, “Indian”, “reserve” [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 1], 6 [rep. & sub. c. 32 (1st Supp.), s. 4; am. c. 43 (4th Supp.), s. 1], 17 [rep. & sub. c. 32 (1st Supp.), s. 7], 74(1).  
*Ontario Casino Corporation Act, 1993*, S.O. 1993, c. 25, ss. 1, 15 [am. 1996, c. 26, s. 5].

### Authors Cited

Agocs, Carol, and Monica Boyd, “The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s”. In James Curtis, Edward Grabb and Neil Guppy, eds., *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Prentice Hall Canada, 1993, 330.  
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vols. 1 (*Looking Forward, Looking Back*) and 3 (*Gathering Strength*). Ottawa: The Commission, 1996.  
 Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. “Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)” (1997), 4 *Review of Constitutional Studies* 80.  
 Iacobucci, Edward M. “Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution” (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 293.  
 Ontario. Law Reform Commission. *Litigating the Relationship Between Equity and Equality*. Study paper prepared by Colleen Sheppard. Toronto: The Commission, 1993.  
 Orton, Helena. “Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews” (1990), 19 *Man. L.J.* 288.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207 [abr. & rempl. ch. 52 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 3; mod. 1999, ch. 5, art. 6].  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1).  
*Loi de 1993 sur la Société des casinos de l’Ontario*, L.O. 1993, ch. 25, art. 1, 15 [mod. 1996, ch. 26, art. 5].  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande», «Indien», «réserve» [abr. & rempl. ch. 17, (4<sup>e</sup> suppl.), art. 1], 6 [abr. & rempl. ch. 32 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 4; mod. ch. 43 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 1], 17 [abr. & rempl. ch. 32 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 7], 74(1).

### Doctrine citée

Agocs, Carol, and Monica Boyd, «The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s». In James Curtis, Edward Grabb and Neil Guppy, eds., *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Prentice Hall Canada, 1993, 330.  
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1 (*Un passé, un avenir*) et 3 (*Vers un ressourcement*). Ottawa: La Commission, 1996.  
 Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. «Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)» (1997), 4 *Revue d’études constitutionnelles* 80.  
 Iacobucci, Edward M. «Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution» (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 293.  
 Nations Unies. Comité des droits économiques, sociaux et culturels. *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels* (Canada), E/C.12/1/Add.31, 10 décembre 1998.  
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Litigating the Relationship Between Equity and Equality*. Document de travail préparé par Colleen Sheppard. Toronto: La Commission, 1993.



Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 242.

United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (Canada), E/C. 12/1/Add.31, 4 December 1998.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 33 O.R. (3d) 735, 100 O.A.C. 344, 44 C.R.R. (2d) 285, 148 D.L.R. (4th) 126, [1998] 2 C.N.L.R. 36, [1997] O.J. No. 2313 (QL), allowing an appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) (1996), 38 C.R.R. (2d) 297, [1997] 1 C.N.L.R. 66, [1996] O.J. No. 5063 (QL), [1996] O.J. No. 3176 (QL), declaring that the exclusion of the appellants from the First Nations Fund violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed.

*Christopher M. Reid*, for the appellants Robert Lovelace et al.

*Robert MacRae* and *Michael S. O'Neill*, for the appellants Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association and the Ontario Métis Aboriginal Association.

*Lori R. Sterling* and *Sarah Kraicer*, for the respondent Her Majesty the Queen in right of Ontario.

*Michael W. Sherry*, for the respondent the Chiefs of Ontario.

*Urszula Kaczmarczyk* and *Michael H. Morris*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Isabelle Harnois* and *Pierre-Christian Labeau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Kurt Sandstrom* and *Marilyn Poitras*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*M. Philip Tunley* and *Jane A. Langford*, for the intervener the Mnjikaning First Nation.

*Marc J. A. LeClair* and *Joseph E. Magnet*, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

Orton, Helena. «Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews» (1990), 19 *Man. L.J.* 288.

Tarnopolsky, Walter S. «The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *R. du B. can.* 242.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 33 O.R. (3d) 735, 100 O.A.C. 344, 44 C.R.R. (2d) 285, 148 D.L.R. (4th) 126, [1998] 2 C.N.L.R. 36, [1997] O.J. No. 2313 (QL), qui a accueilli l'appel d'une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1996), 38 C.R.R. (2d) 297, [1997] 1 C.N.L.R. 66, [1996] O.J. No. 5063 (QL), [1996] O.J. No. 3176 (QL), ayant déclaré que l'exclusion des parties appelantes du Fonds de Premières nations contrevient au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté.

*Christopher M. Reid*, pour les appelants Robert Lovelace et autres.

*Robert MacRae* et *Michael S. O'Neill*, pour les appelantes Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association et l'Association des Métis autochtones de l'Ontario.

*Lori R. Sterling* et *Sarah Kraicer*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

*Michael W. Sherry*, pour l'intimé les Chefs de l'Ontario.

*Urszula Kaczmarczyk* et *Michael H. Morris*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Isabelle Harnois* et *Pierre-Christian Labeau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Kurt Sandstrom* et *Marilyn Poitras*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*M. Philip Tunley* et *Jane A. Langford*, pour l'intervenante la Première nation de Mnjikaning.

*Marc J. A. LeClair* et *Joseph E. Magnet*, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

*Mary Eberts and Lucy McSweeney*, for the intervenor the Native Women's Association of Canada.

*Mary Eberts et Lucy McSweeney*, pour l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada.

Written submissions only by *David Baker*, for the intervenor the Council of Canadians with Disabilities.

Argumentation écrite seulement par *David Baker*, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Written submissions only by *Cynthia Petersen*, for the intervenor the Charter Committee on Poverty Issues.

Argumentation écrite seulement par *Cynthia Petersen*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

Written submissions only by *Kathleen A. Lahey*, for the intervenor the Métis National Council of Women.

Argumentation écrite seulement par *Kathleen A. Lahey*, pour l'intervenant le Métis National Council of Women.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

IACOBUCCI J. —

LE JUGE IACOBUCCI —

## I. Introduction

## I. Introduction

In 1993, the Province of Ontario and representatives from Ontario's First Nations entered into a process of negotiations with the goal of partnering in the development of the province's first reserve-based commercial casino, which was to become Casino Rama. Profits from the casino were to be shared among Ontario's First Nations. Ultimately, the reserve site of the Chippewas of Mnjikaning First Nation (formerly known as Rama First Nation) was selected and a development and operations agreement was reached between Ontario, Carnival Hotels and Casinos Canada Ltd. (Ontario's operations agent), and Mnjikaning First Nation. Subsequently, Casino Rama opened its doors to the public in the summer of 1996. Meanwhile, the province and representatives of the Chiefs of Ontario had begun a process of negotiating the terms for distributing the casino's proceeds ("First Nations Fund") to the First Nations communities. In the spring of 1996, the province informed the appellant aboriginal communities that the First Nations Fund was to be distributed only to Ontario First Nations communities

En 1993, la province d'Ontario et les représentants des Premières nations de l'Ontario ont entamé des négociations en vue d'établir, en partenariat, le premier casino commercial dans une réserve indienne, projet qui allait aboutir à la construction du Casino Rama. Les profits tirés du casino devaient être partagés entre les Premières nations de l'Ontario. En fin de compte, l'emplacement choisi a été la réserve des Chippewas de la Première nation de Mnjikaning (anciennement connue sous le nom de Première nation de Rama) et un accord d'établissement et d'exploitation a été conclu par l'Ontario, Carnival Hotels et Casinos Canada Ltd. (l'agent d'exploitation pour l'Ontario), et la Première nation de Mnjikaning. Le Casino Rama a par la suite ouvert ses portes au public durant l'été 1996. Entre-temps, la province et les représentants des Chefs de l'Ontario avaient amorcé la négociation des modalités de distribution des recettes du casino (le «Fonds des Premières nations») aux Premières nations. Au cours du printemps 1996, la province a informé les communautés autochtones appelantes que les recettes du Fonds des Premières nations seraient distribuées uniquement aux Premières nations de

registered as bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

l'Ontario inscrites comme bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

2 The following is a brief summary of what this appeal decides and what it does not decide.

Voici un bref résumé de ce que décide le présent pourvoi et de ce qu'il ne décide pas.

3 In basic terms, this appeal requires a determination of the constitutionality of the exclusion of non-band aboriginal communities from sharing in the proceeds, and from negotiating the distribution terms for the First Nations Fund. Specifically, the question is whether the First Nations Fund's underinclusiveness violates the appellants' equality rights as guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We must also determine whether the province's decision to exclude the appellants on the basis that they are not bands under the *Indian Act* was *ultra vires* its jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*.

Essentiellement, il faut, dans le présent pourvoi, statuer sur la constitutionnalité de l'exclusion des communautés autochtones non constituées en bandes de groupe des bénéficiaires des recettes du casino et des négociations relatives aux modalités de distribution de recettes du Fonds des Premières nations. Plus précisément, la question est de savoir si la restriction de l'accessibilité au Fonds des Premières nations viole les droits à l'égalité garantis aux parties appelantes par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous devons également juger si, en excluant les parties appelantes parce qu'elles ne sont pas des bandes au sens de la *Loi sur les Indiens*, la province a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît la *Loi constitutionnelle de 1867*.

4 At the outset, I wish to note that this appeal has raised collateral issues which are of great importance; among them are the constitutionality of the *Indian Act* and the scope of the federal jurisdiction with respect to Métis and non-registered First Nation peoples pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Although the substantive equality analysis obliges the Court to consider the circumstances of these appellant aboriginal communities, including the social realities relating to their exclusion from, or non-participation in, the *Indian Act* regime, these important collateral issues are not properly raised in this appeal and, therefore, cannot be decided herein. Similarly, it is neither necessary nor appropriate for this Court to decide or comment upon the responsibilities of provincial governments with respect to these matters.

Au départ, je désire souligner que le présent pourvoi a soulevé des questions connexes d'une grande importance, notamment la constitutionnalité de la *Loi sur les Indiens* ainsi que la portée de la compétence reconnue au gouvernement fédéral par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'égard des Métis et des Premières nations non inscrites. Bien que l'analyse relative à l'égalité réelle oblige notre Cour à examiner la situation de ces communautés autochtones appelantes, notamment les réalités sociales liées à leur exclusion du régime établi par la *Loi sur les Indiens*, ou à leur non-participation à ce régime, ces importantes questions connexes n'ont pas été régulièrement soulevées dans le cadre du présent pourvoi et, par conséquent, ne peuvent pas être tranchées en l'espèce. De même, il est ni nécessaire ni approprié que notre Cour se prononce ou fasse des observations sur la responsabilité qui incombe aux gouvernements provinciaux à l'égard de ces questions.

5 This appeal also raises the question of the proper interpretation of s. 15(2) of the *Charter*. Indeed, the decision of the Ontario Court of Appeal below was based on the application of s. 15(2). However, the Court of Appeal's interpretation of s. 15(2) was

Le présent pourvoi soulève également la question de l'interprétation qui doit être donnée au par. 15(2) de la *Charte*. En effet, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce était fondée sur l'application de cette disposition. Toutefois,

decided without the benefit of this Court's decision in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, which synthesized a number of approaches in the equality jurisprudence of the Court and provided a set of guidelines for the analysis of a discrimination claim under the *Charter*. After a brief review of the *Law* analytical framework and a consideration of s. 15(2), I conclude that this appeal is properly decided on the basis of the existing s. 15(1) substantive equality framework.

With respect to s. 15(1), in my view the exclusion of the non-band aboriginal communities from the First Nations Fund does not violate s. 15 of the *Charter*. I reach this conclusion despite a recognition that, regrettably, the appellant and respondent aboriginal communities have overlapping and largely shared histories of discrimination, poverty, and systemic disadvantage that cry out for improvement.

In my opinion, a contextual analysis reveals an almost precise correspondence between the casino project and the needs and circumstances of the First Nations bands. The casino project was undertaken by the province of Ontario in order to further develop a partnership or a "government-to-government" relationship with Ontario's First Nations band communities. It is a project that is aimed at supporting the journey of these aboriginal groups towards empowerment, dignity, and self-reliance. It is not, however, designed to meet similar needs in the appellant aboriginal communities, but its failure to do so does not amount to discrimination under s. 15.

Finally, I conclude that the province did not act *ultra vires* in partnering the casino initiative with *Indian Act* registered aboriginal communities. The exclusion of non-registered aboriginal communities did not act to define or impair the "Indianness" of the appellants since the province simply exer-

lorsque la Cour d'appel a interprété le par. 15(2), elle n'avait pas eu l'avantage de disposer de l'arrêt de notre Cour *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, qui a fait la synthèse d'un certain nombre d'approches tirées de la jurisprudence de notre Cour en matière d'égalité et établi un ensemble de lignes directrices aux fins d'analyse des allégations de discrimination fondées sur la *Charte*. Après avoir brièvement passé en revue le cadre analytique établi dans *Law* et examiné le par. 15(2), j'estime qu'il convient de décider le présent pourvoi en appliquant le cadre d'analyse existant relatif à l'égalité réelle au regard du par. 15(1).

Pour ce qui est du par. 15(1), je suis d'avis que l'exclusion des communautés autochtones non constituées en bandes du Fonds des Premières nations ne contrevient pas à l'art. 15 de la *Charte*. Je tire cette conclusion tout en reconnaissant que, malheureusement, les communautés autochtones appelantes et intimées partagent, dans une large mesure, un vécu de discrimination, de pauvreté et de désavantage systémique qui appelle à l'amélioration de leur sort.

À mon avis, une analyse contextuelle révèle une correspondance presque parfaite entre le projet de casino d'une part, ainsi que les besoins et la situation des Premières nations constituées en bandes d'autre part. Le projet de casino a été entrepris par la province de l'Ontario afin de développer un partenariat ou des rapports de «gouvernement à gouvernement» avec les Premières nations constituées en bandes. Il s'agit d'un projet visant à appuyer la marche de ces groupes autochtones vers la prise en charge de leur destinée, la dignité et l'autosuffisance. Ce projet n'est toutefois pas conçu pour répondre aux besoins similaires des communautés autochtones appelantes; mais ce fait n'équivaut pas à de la discrimination au sens de l'art. 15.

Enfin, j'estime que la province n'a pas outrepassé ses pouvoirs en mettant de l'avant le projet de casino en partenariat avec les communautés autochtones inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*. L'exclusion des communautés autochtones non inscrites n'a pas eu pour effet de définir

6

7

8

cised its constitutional spending power in making the casino arrangements.

## II. Factual and Contextual Background

### A. *Introduction*

<sup>9</sup> There is no dispute as to the appellants' aboriginality or their self-identification as either Métis or First Nations. None of the appellants has claimed an aboriginal right to the First Nations Fund or access to the negotiation process pursuant to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The seven appellant groups are divided into two groups: (i) the Lovelace non-band First Nations appellants and (ii) the Be-Wab-Bon Métis appellants. The Lovelace appellants comprise five non-band First Nations communities: the Ardoch Algonquin First Nation and Allies ("Ardoch First Nation"), the Kawartha Nishnawbe First Nation ("Kawartha"), the Beaverhouse First Nation, the Poplar Point Ojibway First Nation ("Poplar Point"), and the Bonnechere Métis Association. The two Be-Wab-Bon Métis appellants are: the Ontario Métis Aboriginal Association ("OMAA"), and the Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association ("Be-Wab-Bon"). Essentially, this appellant sub-group identifies itself as rural Métis peoples even though their membership includes non-status or off-reserve First Nations members.

<sup>10</sup> Although the two appellant groups are primarily distinguished as being either First Nations or Métis, each of the seven appellant groups has its own unique history, culture, political goals, and relations with government. Indeed, this is a case which immediately invokes a deep appreciation for the diversity of Canada's aboriginal population (see *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 67). Given this complexity, it is neither possible nor desirable to draw bright lines between or among any of the aboriginal communities involved in these proceedings, especially given the limits of

l'«indianité» des parties appelantes ou d'y porter atteinte, puisque la province n'a fait qu'exercer son pouvoir constitutionnel de dépenser en prenant les arrangements relatifs au casino.

## II. Les faits et le contexte

### A. *Introduction*

Ni l'autochtonité des parties appelantes ni leur auto-identification en tant que Métis ou Premières nations ne sont contestées. Les parties appelantes n'ont revendiqué aucun droit ancestral fondé sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'égard du Fonds des Premières nations ou de l'accès au processus de négociations. Les sept groupes appelants sont divisés en deux sous-groupes: (i) les Premières nations non constituées en bandes (les appelants Lovelace); (ii) les appelantes métisses Be-Wab-Bon. Les appelants Lovelace comprennent cinq communautés de Premières nations non constituées en bandes: la Première nation algonquaine d'Ardoch et ses alliés (la «Première nation d'Ardoch»), la Première nation Kawartha Nishnawbe («Kawartha»), la Première nation de Beaverhouse, la Première nation ojibway de Poplar Point («Poplar Point») et l'Association des Métis de Bonnechere. Les deux appelantes métisses Be-Wab-Bon sont: l'Association des Métis autochtones de l'Ontario («l'AMAO») et la Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association («Be-Wab-Bon»). Essentiellement, ce sous-groupe appelant se considère comme étant formé de groupes métis ruraux même si certains membres sont des Indiens non inscrits ou vivant hors réserve.

Bien que les deux groupes appelants se distinguent principalement par le fait qu'il s'agit soit de Premières nations dans un cas et de Métis dans l'autre, chacun des sept sous-groupes appelants a une histoire, une culture, des objectifs politiques et des rapports avec le gouvernement qui lui sont propres. De fait, il s'agit d'une affaire qui commande une profonde appréciation de la diversité de la population autochtone du Canada (voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au par. 67). Vu cette complexité, il n'est ni possible ni souhaitable de tracer des lignes de démarcation nettes entre les

the litigation record in the appeal. With those qualifications in mind, the following represents my attempt to describe the appellants and respondents for purposes of deciding the issues arising in this appeal.

#### B. *Appellants*

All of the appellants, except for the OMAA, identify as communities. Although Be-Wab-Bon and the Bonnechere Métis Association have formally incorporated as non-profit service organizations, they reported doing so in order to create an “organizational voice for [the] community” and to access project funding. The OMAA is a non-profit organization, incorporated in order to represent the interests of off-reserve aboriginal peoples in issues relating to land, resources, social services, housing, education, economic development, and efforts focused at achieving recognition of inherent aboriginal rights. While seeking a right to participate in the negotiations relating to the distribution of the First Nations Fund, the OMAA does not seek to share in the distributed revenue.

The Lovelace appellants may be described as communities with traditional First Nations forms of government. Respectively, they identify ancestral roots in the Mississauga (Kawartha), Algonquin (Bonnechere Métis Association and Ardoch First Nation), and Ojibway (Poplar Point and Beaverhouse) Nations. Their ancestral, community, political and social structures are family- or clan-based, where families have been linked together by shared use of lands and common social interests. They have established councils of heads of families and a chief or spokesperson is elected by the community. The Bonnechere Métis Association’s corporate structure has integrated a key feature of traditional Algonquin government with the formal institution of the Elder’s Circle as the organization’s most powerful decision-maker.

différentes communautés autochtones visées par la présente instance ou au sein de celles-ci, compte tenu particulièrement des limites du dossier d’appel. Gardant ces réserves à l’esprit, je vais tenter, dans les lignes qui suivent, de décrire les parties appelantes et les intimés en vue de trancher les questions en litige dans le présent pourvoi.

#### B. *Les parties appelantes*

Toutes les parties appelantes, sauf l’AMAO, se désignent comme étant des communautés. Même si Be-Wab-Bon et l’Association des Métis de Bonnechere se sont officiellement constituées en organismes de service à but non lucratif, elles ont dit l’avoir fait afin de doter [TRADUCTION] «la communauté d’une voix organisationnelle» et d’avoir accès à des sources de financement de projets. L’AMAO est un organisme à but non lucratif qui a été constitué afin de représenter les intérêts des Autochtones vivant hors réserve à l’égard de questions touchant le territoire, les ressources, les services sociaux, le logement, l’éducation, le développement économique et la reconnaissance des droits ancestraux inhérents. Bien qu’elle sollicite le droit de participer aux négociations relatives à la distribution des recettes du Fonds des Premières nations, l’AMAO ne demande pas une part de ces recettes.

Les appellants Lovelace peuvent être décrits comme des communautés dotées de formes traditionnelles de gouvernement autochtone. Elles tirent respectivement leurs racines ancestrales des Nations Mississauga (Kawartha), algonquienne (Association des Métis de Bonnechere et Première nation d’Ardoch) et ojibway (Poplar Point et Beaverhouse). Leurs structures ancestrales, communautaires, politiques et sociales sont fondées sur les notions de famille ou de clan, les familles étant liées par l’usage commun de terres et par des intérêts sociaux communs. Elles ont établi des conseils de chefs de famille, et un chef ou un représentant est élu par la communauté. La structure organisationnelle de l’Association des Métis de Bonnechere a intégré une caractéristique essentielle du gouvernement algonquin en instituant le Cercle des aînés et en faisant de celui-ci l’organe décisionnaire le plus important de l’organisme.

11

12

13 The two Be-Wab-Bon appellants did not advance a common definition of “Métis”, and, in this respect, I note that this issue remains politically and legally contentious (see *R. v. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), varied (2000), 47 O.R. (3d) 30 (S.C.J.), leave to appeal granted April 3, 2000, [2000] O.J. No. 1063 (QL) (C.A.). Full membership in the Be-Wab-Bon Métis community requires that an individual establish an aboriginal ancestor within four generations. Alternatively, Michael McGuire, the president of the OMAA, put forward a definition of Métis which includes those individuals who: (i) identify as a Métis, (ii) are recognized and accepted by the community, and (iii) are of aboriginal descent.

14 With the exception of the Beaverhouse First Nation, the appellants have expressed a profound ambivalence, and sometimes open aversion, towards the *Indian Act* regime. Beaverhouse First Nation has been seeking registered band and reserve status for quite some time and became a party to this litigation given their uncertainty about whether they, as a non-band, would benefit from the First Nations Fund. The reasons for the appellants’ non-registration under the *Indian Act* are historically long-standing, community-specific, and complex (see *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back* (1996), at pp. 303-14). At this point in history, the Métis and four of the non-band First Nations appellants have, each in their own way, initiated a number of political efforts directed at achieving provincial and federal government recognition as special non-registered aboriginal communities outside of the *Indian Act*’s statutory framework.

15 Even if the appellants were to seek band membership, there is very little assurance of success. An application may be made for band registration pursuant to s. 17 of the *Indian Act*, however, no bands have been registered since 1985 and the related federal policies and procedures are oner-

Les deux appelantes Be-Wab-Bon n’ont pas avancé de définition commune de «Métis» et, à cet égard, je souligne que cette question demeure politiquement et légalement litigieuse (voir *R. c. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153 (C. Ont. (Div. prov.)), modifié (2000), 47 O.R. (3d) 30 (C.S.J.), autorisation d’appel accordée le 3 avril 2000, [2000] O.J. No. 1063 (QL) (C.A.). Pour être reconnue membre à part entière de la communauté métisse Be-Wab-Bon, une personne doit établir l’existence d’un ancêtre autochtone remontant à au plus quatre générations. Subsidiairement, Michael McGuire, président de l’AMAO, a avancé que sont des Métis les personnes qui: (i) se disent Métis; (ii) sont reconnues et acceptées par la communauté; (iii) sont de descendance autochtone.

À l’exception de la Première nation de Beaverhouse, les parties appelantes ont exprimé une profonde ambivalence et, dans certains cas, une aversion patente envers le régime établi par la *Loi sur les Indiens*. La Première nation de Beaverhouse sollicite depuis longtemps la qualité de bande inscrite et de réserve, et elle est devenue partie au présent litige en raison du fait qu’elle ne savait pas avec certitude si, n’étant pas constituée en bande, elle profiterait du Fonds des Premières nations. Les raisons pour lesquelles les parties appelantes ne sont pas inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens* ont un caractère historique, varient selon la communauté concernée et sont complexes (voir le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir* (1996), aux pp. 327 à 339). À ce stade-ci, les Métis et quatre des Premières nations appelantes non constituées en bandes ont, chacun à leur manière, entrepris des démarches politiques en vue de se faire reconnaître par les gouvernements provincial et fédéral comme communautés autochtones spéciales non inscrites et en dehors du cadre établi par la *Loi sur les Indiens*.

Même si les parties appelantes sollicitaient la qualité de bandes, il est loin d’être certain qu’elles l’obtiendraient. Une demande d’inscription comme bande peut être faite en vertu de l’art. 17 de la *Loi sur les Indiens*, mais aucune bande n’a été inscrite depuis 1985 et les politiques et procédures fédé-

ous. Specifically, an applicant First Nation community must be comprised entirely of registered Indians, and, since the federal government will not provide any “new” funding, the applicant community must persuade a recognized band to share its funding and land base. Counsel for the Lovelace appellants summarized this position as follows:

... even if the appellant communities could somehow qualify for band status, they would then be forced to abandon their traditional forms of government, which have played a vital role in their survival as distinct communities, and replace them with *Indian Act* band councils. It is the view of the appellants that the *Indian Act* system of local governance promotes corruption and divisions between community members, and fails to recognize the key role of Elders in community governance. The traditional forms of government, on the other hand, promote harmony, tolerance, respect and accountable, democratic local government. It is questionable whether the appellant communities could bring themselves to adopt the *Indian Act* system, even if it were an option for them.

In this case, it is particularly important to note the *Indian Act* distinction between individual and community registration, since the province excluded the appellants on the basis of community or “band” status. At the individual level, all of the appellant groups have members who have, or are entitled to, registration as individual “Indians” pursuant to the *Indian Act*. An aboriginal person would be considered non-status if that individual either chose not to register or could not register in compliance with the statutory requirements set out in s. 6 of the *Indian Act*. As communities, the appellant groups are non-status since they are not registered as *Indian Act* “bands”, and do not have reserve lands. Section 2 of the *Indian Act* defines “band” as a body of Indians “for whose use and benefit in common” reserved lands or moneys have been set apart by the Crown. Generally, there is a direct relationship between individual registration as an “Indian” and band membership, and most bands are almost exclusively made up of

rales à cet égard sont lourdes. De façon plus particulière, la Première nation qui présente une telle demande doit être formée uniquement d’Indiens inscrits et, compte tenu du fait que le gouvernement fédéral n’accorde pas de fonds «nouveaux», la communauté demanderesse doit convaincre une bande reconnue de partager son financement et son assise territoriale. L’avocat des appelants Lovelace a résumé ainsi cette position:

[TRADUCTION] ... même si les communautés appelantes pouvaient, d’une manière ou d’une autre, être admissibles à la qualité de bande, elles seraient alors forcées de renoncer à leurs formes traditionnelles de gouvernement, qui ont joué un rôle crucial dans leur survie en tant que communautés distinctes, et de leur substituer les conseils de bande de la *Loi sur les Indiens*. Les communautés appelantes sont d’avis que le système de gouvernement local prévu par la *Loi sur les Indiens* favorise la corruption et la division au sein des membres de la communauté et ne tient pas compte du rôle des Aînés dans l’administration de la communauté. À l’opposé, les formes traditionnelles de gouvernement favorisent l’harmonie, la tolérance, le respect ainsi qu’un gouvernement local responsable et démocratique. Il n’est pas certain que les communautés appelantes se résoudraient à adhérer au régime de la *Loi sur les Indiens*, même si elles avaient la faculté de le faire.

En l’espèce, il est particulièrement important de souligner la distinction établie par la *Loi sur les Indiens* entre l’inscription des individus et l’inscription des communautés, puisque la province a exclu les parties appelantes sur le fondement de la qualité de communauté ou de «bande». Sur le plan individuel, tous les groupes appelants comptent des membres qui sont inscrits à titre d’«Indiens» en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou qui ont le droit de l’être. Une personne autochtone est considérée comme n’ayant pas la qualité d’Indien si elle a choisi de ne pas s’inscrire ou si elle ne peut le faire conformément aux exigences énoncées à l’art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. En tant que communautés, les groupes appelants n’ont aucun statut car ils ne sont pas inscrits en tant que «bandes» au sens de la *Loi sur les Indiens* et ils n’ont pas de terres de réserve. Aux termes de l’art. 2 de la *Loi sur les Indiens*, une «bande» est un groupe d’Indiens «à l’usage et au profit communs desquels» des terres ou des sommes d’argent ont été mises de côté par



*Indian Act* registered Indians. However, as is the case with these appellant groups, it is possible that individually registered Indians, or groups thereof, have not become members of bands.

Sa Majesté. De façon générale, il y a une relation directe entre l'inscription individuelle à titre d'«Indien» et l'appartenance à une bande, et la plupart des bandes sont formées presque exclusivement d'Indiens inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, comme c'est le cas pour les groupes appelants, il est possible que des Indiens ou groupes d'Indiens inscrits ne soient pas devenus membres de bandes.

17 The relationship of the six appellant communities to the land is unique and culturally-specific. As an isolated, remote, village-based and wholly aboriginal community, Beaverhouse First Nation most closely resembles typical conceptions about what constitutes a reserve-based aboriginal community. In contrast, the communities of the other five appellants are much less village- or centre-specific, with community members dispersed throughout respective rural regions identified as their traditional homelands. Some of the appellants emphasized that the dispersed nature of their community base reflects their adherence to traditional ways, even though the lack of a federally registered land base means “a constant struggle to maintain a connected, united community”.

La relation des six communautés appelantes avec le territoire est unique et culturellement spécifique. En tant que communauté entièrement autochtone isolée, éloignée et vivant dans un village, la Première nation de Beaverhouse est celle qui correspond le plus à la conception typique d'une communauté autochtone habitant une réserve. Par comparaison, les communautés formant chacune des cinq autres parties appelantes sont beaucoup moins identifiables à un village ou à un centre, leurs membres étant dispersés dans diverses régions rurales respectives désignées comme leurs territoires traditionnels. Certaines parties appelantes ont souligné que la dispersion des membres de leur communauté reflétait leur adhésion aux modes de vie traditionnels, quoique l'absence d'une assise territoriale inscrite sous le régime fédéral se traduise par [TRADUCTION] «une lutte constante pour maintenir une communauté liée et unie».

### C. Respondents

### C. Les intimés

18 The respondent Chiefs of Ontario is an incorporated non-profit organization which coordinates and represents the interests of 133 Ontario First Nations registered as bands under the *Indian Act*. The Ontario Regional Chief leads the organization and sits as an *ex officio* member of the executive of the Assembly of First Nations, a major national status Indian organization. The Chiefs of Ontario also represents a small number of aboriginal communities without band or reserve registration. Twelve of these are communities registered as bands, however they are in the process of obtaining a reserve, and seven other communities are attempting to secure a reserve base along with band registration.

La partie intimée les Chefs de l'Ontario est un organisme sans but lucratif constitué, qui coordonne et représente les intérêts de 133 Premières nations de l'Ontario inscrites comme bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Le Chef régional de l'Ontario dirige l'organisme et est membre d'office de la direction de l'Assemblée des Premières Nations, importante organisation nationale d'Indiens inscrits. Les Chefs de l'Ontario représentent également un petit nombre de communautés autochtones non inscrites comme bandes ou n'ayant pas de réserve. Douze de ces communautés sont inscrites comme bandes, et en voie d'obtenir une réserve, alors que sept autres communautés tentent d'obtenir un territoire servant de réserve en même temps que leur inscription comme bande.

Most bands hold reserve lands, and the *Indian Act* provides a federally based legal regime for the identification, management, and accountability of First Nations bands. The *Indian Act* provides for the establishment and maintenance of membership lists, and the management of moneys and reserve lands for the use and benefit of Indians and bands. Each band has a representative political structure, where the chiefs and councils are chosen following the band's custom, or, if an order in council has been made under s. 74(1) of the *Indian Act*, by the procedures set out in the Act (see *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 26).

As noted above, the bulk of the Chiefs of Ontario membership is made up of bands with reserves, however, generally only half of band members live on the reserve. Nonetheless, it is clear that off-reserve band members maintain cultural and political interests in, and connections to, their band and reserve such that one can view bands as characteristically land- or reserve-based with communities that extend beyond the boundaries of the reserve (see *Corbiere, supra*, at paras. 80-81).

With these brief descriptions of the parties, I now wish to deal briefly with the matter of gaming relations involving aboriginals and the province of Ontario.

#### D. *Gaming and the Relationship of the Province to Ontario's First Nations Bands*

For Ontario's First Nations bands, a nexus has emerged between gaming and self-government efforts, and has involved the development of corresponding relations with the province. The province's jurisdiction for gaming activities arises by virtue of s. 207 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which permits gambling activities which are provincially licensed, managed, and strictly regulated. In turn, most provincial licens-

La plupart des bandes détiennent des terres de réserve, et la *Loi sur les Indiens* établit un régime juridique fédéral d'identification, de gestion et de responsabilisation des Premières Nations constituées en bandes. La *Loi sur les Indiens* pourvoit à l'établissement et au maintien de listes de membres ainsi qu'à la gestion de fonds et de terres de réserve à l'usage et au profit des Indiens et des bandes. Chaque bande possède une infrastructure politique représentative au sein de laquelle le chef et le conseil sont choisis selon la coutume de la bande ou, dans les cas où un décret a été pris en vertu du par. 74(1) de la *Loi sur les Indiens*, selon la procédure établie dans la Loi (voir *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, au par. 26).

Comme il a été mentionné précédemment, les Chefs de l'Ontario représentent principalement des bandes ayant une réserve. De façon générale, toutefois, seulement la moitié des membres des bandes vivent dans les réserves. Il est néanmoins évident que les membres vivant hors des réserves conservent à l'égard de leur bande et de leur réserve, des intérêts et des liens culturels et politiques tels qu'une bande peut de façon générale être considérée comme une entité dotée d'une assise foncière — réserve ou territoire — et d'une communauté débordant les limites de la réserve (voir *Corbiere*, précité, aux par. 80 et 81).

Après avoir brièvement décrit les parties, je désire maintenant examiner rapidement la question des relations entre les Autochtones et la province d'Ontario en matière de jeu.

#### D. *Le jeu et les rapports de la province avec les Premières nations de l'Ontario constituées en bandes*

Pour les Premières nations de l'Ontario constituées en bandes, il s'est créé entre le jeu et la recherche de l'autonomie gouvernementale un lien qui a amené l'établissement de relations correspondantes avec la province. La compétence de la province en matière de jeu découle de l'art. 207 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui permet la tenue d'activités de jeu autorisées par permis, gérées et rigoureusement réglementées par la pro-

19

20

21

22

ing authority for charitable gaming was delegated to municipalities by order in council. Before the early 1990s, most Ontario gaming was limited to licensed charitable gaming. Many bands were involved in this form of gaming; however, since reserves are not subject to municipal jurisdiction these communities received their licenses directly from the province.

23 In 1992, the province announced its intention to go beyond charitable gaming activities and enter the field of commercial casino gaming. Windsor, Ontario, was chosen as a pilot project in 1992, and the province created the Ontario Casino Corporation in order to manage casino gaming in accordance with the newly enacted *Ontario Casino Corporation Act, 1993*, S.O. 1993, c. 25.

24 First Nations bands had identified gaming initiatives as a vehicle for providing an economic base for self-government activities. Consequently, between 1991 and 1993, First Nations bands approached the provincial government for the right to control reserve-based gaming activities, asserting an inherent aboriginal right to operate gaming activities without having to acquire a provincial licence. The profits from these activities were to be used to strengthen band economic, cultural, and social development. In particular, the Shawanaga First Nation strongly asserted that an aboriginal right to self-government included the right to self-regulate gaming activities (see *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821).

25 All of this was occurring during the Charlottetown Accord constitutional debates. However, the failure of the Accord meant the demise of a number of provisions supporting aboriginal self-government which had been a part of the Accord package. Consequently, Ontario's First Nations bands sought alternative routes to self-government. One such effort took shape with the negotiation

vince. À son tour, la province a délégué par décret aux municipalités une grande partie de son pouvoir de délivrer des permis d'exploitation d'activités de jeu à des fins charitables. Avant le début des années 90, la plupart des activités de jeu en Ontario se limitaient à celles autorisées par permis à des fins charitables. De nombreuses bandes exerçaient de telles d'activités, mais comme les réserves ne sont pas assujetties aux pouvoirs des municipalités, ces communautés recevaient leur permis directement de la province.

En 1992, la province a annoncé son intention de ne plus se limiter à l'exploitation d'activités de jeu à des fins charitables et de se lancer dans le secteur des casinos commerciaux. La ville de Windsor en Ontario a été choisie comme lieu d'un projet-pilote en 1992, et la province a créé la Société des casinos de l'Ontario, qu'elle a chargé de régir le jeu dans les casinos conformément à la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l'Ontario*, L.O. 1993, ch. 25, qui venait d'être édictée.

Les Premières nations constituées en bandes avaient considéré les initiatives en matières de jeu comme un moyen de financer les activités d'un gouvernement autonome. Par conséquent, de 1991 à 1993, les bandes ont fait des démarches auprès du gouvernement provincial pour obtenir le droit de régir les activités de jeu dans les réserves, invoquant l'existence d'un droit ancestral inhérent d'exploiter de telles activités sans être tenues d'obtenir un permis de la province. Les profits tirés de ces activités devaient être utilisés pour favoriser le développement économique, culturel et social des bandes. La Première nation de Shawanaga, en particulier, a vigoureusement affirmé que le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale comportait le droit d'auto-réglementer les activités de jeu (voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821).

Ces événements se sont tous produits au cours des débats constitutionnels concernant l'Accord de Charlottetown. Le rejet de l'accord a toutefois sonné le glas de bon nombre de dispositions appuyant l'autonomie gouvernementale autochtone qui faisaient partie intégrante de cet accord. En conséquence, les bandes de l'Ontario ont cherché d'autres moyens de réaliser l'autonomie gouverne-

and signing of the Statement of Political Relationship (“SPR”), signed in August 1991 by Ontario, and the Chiefs of Ontario. This agreement provided the basis of establishing “government-to-government” relations between the province and bands, and committed these parties to negotiate the exercise and the implementation of First Nations jurisdiction and self-reliance.

In 1991 and 1992, preliminary meetings were held with different First Nations bands to discuss the various ways in which gaming and other economic development issues could be addressed. In this process, Ontario was motivated to consider a reserve-based commercial casino in order to further its commitment to the SPR, as well as to establish more accountable gaming practices on the reserves. Meetings continued between Ontario and the bands and, in 1993, this process resulted in the mutually agreed upon site selection criteria and the striking of an independent First Nations panel to review site proposals.

In 1994, the membership of the site selection panel was finalized and submissions were invited. By December 1994, the panel announced the selection of the Chippewas of Rama (Mnjikaning) site, and on May 1, 1995, the Ontario Casino Corporation and the Mnjikaning First Nation issued a request for proposals for the operation and construction of the casino. On October 11, 1995, Carnival Hotels and Casinos (“Carnival”) was announced as the company that would act as the province’s agent in developing and operating the casino. A development and operating agreement was signed between Mnjikaning, the province, and Carnival on March 18, 1996. Also, in March 1996, the Ontario Native Affairs Secretariat (“ONAS”) began negotiations for the administration of the First Nations Fund with the bands. To that end, the respondent Chiefs of Ontario selected a committee in order to represent the bands at the negotiating

mentale. L’un de ces moyens a pris forme lors de la négociation et de la signature, en août 1991 par l’Ontario et les Chefs de l’Ontario, du *Statement of Political Relationship* («SPR»). Cette entente pourvoyait à l’établissement de relations de [TRA-DUCTION] «gouvernement à gouvernement» entre la province et les bandes, et elle prévoyait l’engagement de ces parties à négocier la mise en œuvre de l’autonomie des Premières nations et l’exercice de leurs compétences.

En 1991 et 1992, des rencontres préliminaires ont eu lieu entre la province et différentes bandes afin d’envisager les diverses façons d’aborder la question du jeu et d’autres questions relatives au développement économique. Dans le cadre de ce processus, l’Ontario désirait, d’une part, examiner la possibilité d’établir un casino commercial dans une réserve pour donner suite à l’engagement qu’il avait pris dans le SPR, et d’autre part, établir des règles encadrant rigoureusement les activités de jeu dans les réserves. L’Ontario et les bandes ont continué de se rencontrer et, en 1993, ils ont convenu des critères de sélection de l’emplacement du casino et de créer un comité de Premières nations indépendant chargé d’examiner les propositions relatives à l’emplacement.

En 1994, la composition du comité de sélection de l’emplacement a été fixée et on a sollicité le dépôt de soumissions. En décembre 1994, le comité a annoncé la sélection de l’emplacement des Chippewas de Rama (Mnjikaning) et, le 1<sup>er</sup> mai 1995, la Société des casinos de l’Ontario et la Première nation de Mnjikaning ont lancé une demande de propositions pour la construction et l’exploitation du casino. Le 11 octobre 1995, Carnival Hotels and Casinos «Carnival» a été choisie en tant que mandataire de la province relativement à l’établissement et à l’exploitation du casino. Un accord d’établissement et d’exploitation a été signé par Mnjikaning, la province et Carnival le 18 mars 1996. De plus, en mars 1996, le Secrétariat des affaires autochtones de l’Ontario (le «SAAO») a entrepris des négociations avec les bandes relativement à l’administration du Fonds des Premières nations. À cette fin, les Chefs de l’Ontario intimés

26

27

table. On June 29, 1996, the official opening of the casino was announced for July 31, 1996.

E. *Gaming and the Province's Relationship with Métis and Non-Band First Nations*

28

At various times, the Métis appellants have also undertaken self-government and constitutional discussions with the federal and provincial governments. Following the enactment of the *Constitution Act, 1982*, there was discussion of Métis enumeration and registration at the First Ministers' constitutional conferences held between 1984 and 1987. Later on, the OMAA participated with the Métis National Council in the Charlottetown constitutional negotiations. On October 7, 1992, an agreement, the "Métis Nation Accord", was reached among the Métis National Council, the federal government, and the provinces of Ontario, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, and British Columbia. This agreement was attached to the Charlottetown Accord, and failed along with the Accord as the Métis Nation Accord was subject to the same process of ratification. The Métis Nation Accord would have committed the governments to negotiate: self-government agreements; lands and resources; the transfer of the portion of aboriginal programs and services available to Métis; as well as cost sharing agreements relating to Métis institutions, programs, and services.

29

During the same period, the province of Ontario, the federal government and the OMAA became parties to an agreement in 1991, which was designed to promote self-reliance and economic development for Ontario Métis. That agreement, encompassing funding for a number of projects, lasted for three years and was not renewed. Subsequently, in March 1995, the province of Ontario adopted a number of guidelines for its relationship with Ontario's Métis organizations. These guidelines set out the following bases for provincial/Métis relations: non-interference with

ont créé un comité chargé de représenter les bandes à la table de négociations. Le 29 juin 1996, l'ouverture officielle du casino a été annoncée pour le 31 juillet 1996.

E. *Le jeu et les rapports de la province avec les Métis et les Premières nations non constituées en bandes*

À divers moments, les Métis appelants ont eux aussi eu des discussions touchant la Constitution et l'autonomie gouvernementale avec les gouvernements fédéral et provinciaux. Après l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la question du recensement et de l'inscription des Métis a été discutée à l'occasion des conférences constitutionnelles des Premiers ministres qui ont eu lieu de 1984 à 1987. Par la suite, l'AMAO a participé avec le Ralliement national des Métis aux négociations constitutionnelles de Charlottetown. Le 7 octobre 1992, une entente intitulée l'«Accord relatif à la nation métisse» est intervenue entre le Ralliement national des Métis, le gouvernement fédéral et les provinces d'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, d'Alberta et de la Colombie-Britannique. Joint à l'Accord de Charlottetown, l'Accord relatif à la nation métisse a lui aussi été rejeté puisqu'il faisait l'objet du même processus de ratification. Aux termes de l'Accord relatif à la nation métisse, les gouvernements s'étaient engagés à négocier les points suivants: des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale; la question des terres et des ressources; le transfert de la partie des programmes et des services aux Autochtones destinés aux Métis; des mécanismes de partage des coûts des institutions, des programmes et des services métis.

Durant la même période, la province d'Ontario, le gouvernement fédéral et l'AMAO sont devenus parties, en 1991, à une entente visant à favoriser l'autonomie et le développement économique des Métis de l'Ontario. Cette entente, qui pourvoyait notamment au financement de nombreux projets, a duré trois ans et n'a pas été renouvelée. Par la suite, en mars 1995, la province d'Ontario a adopté un certain nombre de lignes directrices concernant ses relations avec les organisations métisses de l'Ontario. Ces lignes directrices énonçaient les principes suivants, devant régir les relations entre

Métis organizations and their political processes; allowing Métis people to organize themselves for various purposes as they saw fit; and that government scrutiny and accountability requirements would be limited to specific programs or projects.

In 1992, the OMAA developed a Métis Gaming Commission with members elected from the OMAA member communities. This initiative was intended to dovetail with the economic development agreement, and was designed to promote gaming activities as a source of revenue for self-reliance initiatives. To that end, a representative of the OMAA met with the Director of the ONAS in February, 1994, in order to advance their gaming agenda. Up to this point, as was the case with First Nations bands, the gaming activities of non-band aboriginal communities were limited to licensed charitable gaming. However, having been made aware of the development of the First Nations reserve casino project, the OMAA specifically requested its own commercial casino licence. In response, the ONAS advised the OMAA that, since commercial gaming was only in a pilot phase, the province was not in a position to negotiate further casino projects. However, the province indicated that it was open to other gaming negotiations with non-status aboriginals and Métis.

The Lovelace appellant communities have also undertaken self-government initiatives, each in its own way and in different circumstances. For example, independent of each other, Kawartha and the Bonnechere Métis Association submitted proposals to the provincial and federal governments for the negotiation of recognition as non-Indian First Nations. Sometimes these recognition efforts have arisen in connection to emerging issues affecting the community or its land base (e.g., the development of a dam, cottage construc-

la province et les Métis: non-ingérence dans les organisations métisses et leurs mécanismes politiques; possibilité pour les Métis de s'organiser pour les fins qu'ils jugent valables; limitation des exigences du gouvernement en matière d'examen et d'imputabilité à des programmes ou projets précis.

En 1992, l'AMAO a créé la «*Métis Gaming Commission*» («Commission métisse du jeu») composée de membres élus provenant des communautés faisant partie de l'AMAO. Cette mesure, censée s'harmoniser à l'entente de développement économique, visait à encourager la tenue d'activités de jeu comme sources de financement pour les initiatives liées à la réalisation de l'autosuffisance. À cette fin, un représentant de l'AMAO a rencontré le directeur du SAAO en février 1994 afin de faire progresser les projets de l'AMAO en matière de jeu. Jusque-là, tout comme c'était le cas pour les Premières nations constituées en bandes, les activités de jeu des communautés autochtones non constituées en bandes se limitaient aux activités de cette nature exercées à des fins charitables et autorisées par permis. Toutefois, ayant appris l'élaboration du projet de casino dans la réserve d'une Première nation, l'AMAO a expressément demandé son propre permis d'exploitation d'un casino commercial. Le SAAO a répondu à l'AMAO que, comme les activités de jeu commerciales n'en étaient qu'à l'étape du projet-pilote, la province n'était pas en mesure de négocier d'autres projets de casino. Toutefois, la province a indiqué être ouverte à d'autres négociations touchant le jeu avec les Autochtones non inscrits et les Métis.

Les communautés appelantes Lovelace ont également pris des initiatives en matière d'autonomie gouvernementale, chacune à sa manière et dans des circonstances différentes. Par exemple, indépendamment l'une de l'autre, Kawartha et l'Association des Métis de Bonnechere ont proposé aux gouvernements provincial et fédéral de négocier leur reconnaissance en tant que Premières nations non soumises au régime de la *Loi sur les Indiens*. Ces initiatives ont parfois coïncidé avec un événement particulier touchant la communauté ou son

30

31

tion, or a resource industry expansion in traditional territories). There was, however, no evidence that these communities had coordinated a gaming program, either individually or collectively, in order to support self-reliance initiatives.

assise territoriale (par exemple l'établissement d'un barrage, la construction de résidences secondaires ou l'expansion d'une industrie de ressources dans des territoires traditionnels). Cependant, il n'y avait aucune preuve que ces communautés avaient mis en place, individuellement ou collectivement, un programme d'activités de jeu en vue d'appuyer des mesures liées à la réalisation de l'autosuffisance.

32 In March 1996, counsel for the Lovelace appellants contacted provincial representatives, requesting participation in the negotiations surrounding, and a share in, the First Nations Fund. They asserted that, as they considered themselves to be "First Nations" communities, and since the request for proposals had identified "First Nations" as the beneficiaries of the First Nations Fund, they were legitimate participants in the project. On May 2, 1996, Ontario advised these groups that it considered the term "First Nation" to be synonymous with "band" as defined under the *Indian Act*, and that the First Nations Fund was never intended for non-band aboriginal communities. On May 10, 1996, the Lovelace appellants commenced a proceeding seeking a declaration that Ontario's refusal to include them in the Casino Rama project was unconstitutional and that they should be allowed to participate in the distribution negotiations. On June 27, 1996, the Be-Wab-Bon appellants sought substantially similar relief and the two actions were joined on June 28, 1996.

En mars 1996, l'avocat des appelants Lovelace a communiqué avec les représentants provinciaux et demandé que ses clients puissent participer aux négociations relatives au Fonds des Premières nations et reçoivent une partie des recettes du Fonds. Ces appelants ont affirmé que, comme ils estiment être des communautés de «Premières nations» et que la demande de propositions avait indiqué que les «Premières nations» étaient les bénéficiaires du Fonds des Premières nations, ils étaient des participants légitimes au projet. Le 2 mai 1996, l'Ontario a informé ces groupes qu'il considérait l'expression «Première nation» comme synonyme de «bande» au sens de la *Loi sur les Indiens* et que le Fonds des Premières nations n'avait jamais été destiné aux communautés autochtones non constituées en bandes. Le 10 mai 1996, les appelants Lovelace ont demandé un jugement déclaratoire portant que le refus de l'Ontario de les considérer comme parties au projet de Casino Rama était inconstitutionnel et qu'ils devaient être autorisés à participer aux négociations relatives à la distribution des recettes. Le 27 juin 1996, les appelantes Be-Wab-Bon ont demandé essentiellement la même réparation et les deux actions ont été jointes le 28 juin 1996.

### III. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

### III. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

#### 33 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

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.

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.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5

2. (1) In this Act,

“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;

. . . .

“Indian” means a person who pursuant to this Act is registered as an Indian or is entitled to be registered as an Indian;

. . . .

“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 under any of those provisions, includes designated lands;

*Ontario Casino Corporations Act*, 1993, S.O. 1993, c. 25

1. The purposes of this Act are,

(a) to enhance the economic development of certain regions of the province;

(b) to generate revenues for the province; and

(c) to ensure that any measures taken in accordance with these principles are undertaken for the public good and in the best interests of the public.

. . . .

(2) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

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

. . . .

«Indien» Personne qui, conformément à la présente loi, est inscrite à titre d’Indien ou a droit de l’être.

. . . .

«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.

*Loi de 1993 sur la Société des casinos de l’Ontario*, L.O. 1993, ch. 25

1 Les objets de la présente loi sont les suivants:

a) accroître le développement économique de certaines régions de la province;

b) générer des recettes pour la province;

c) faire en sorte que les mesures prises conformément à ces principes le soient pour le bien public et dans son intérêt véritable.

. . . .



15. — (1) The Corporation shall make payments out of the revenue that it receives from its activities under this Act in accordance with the following priorities:

1. Payment of winnings to players.
  2. Payments that the regulations made under this Act require the Corporation to make to the Consolidated Revenue Fund.
  3. Payment of the operating expenses of the Corporation.
- . . .
5. Payment required to be made under any agreement entered into by the Corporation with the consent of the Minister of Finance for the distribution of money received from Casino Rama.

#### IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1996), 38 C.R.R. (2d) 297

34 In an oral decision supplemented by written reasons, Cosgrove J. held that the exclusion of the appellants from the First Nations Fund violated s. 15(1) of the *Charter*, and was not justified under s. 1. He also found that s. 15(2) could not be invoked as a defence to the s. 15(1) violation. Furthermore, he declared that the province had acted *ultra vires* s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Consequently, Cosgrove J. ordered that the six appellant communities had a right to participate fully in the revenues and negotiations relating to the First Nations Fund. In addition, he ordered that the OMAA, which was not seeking a right to share in the First Nations Fund, was entitled to participate in negotiating the terms for distributing the First Nations Fund.

35 Cosgrove J. found that the appellants were disadvantaged in relation to status aboriginal communities, and further, that the exclusion of non-status aboriginals was *prima facie* discriminatory on the basis of a racial or ethnic distinction. He emphasized that this particular exclusion was reflective

15 (1) La Société effectue des paiements sur les recettes qu'elle tire des activités qu'elle exerce aux termes de la présente loi selon les priorités suivantes:

1. Le paiement des prix en argent aux joueurs.
  2. Les paiements que les règlements pris en application de la présente loi obligent la Société à effectuer au Trésor.
  3. Le paiement des frais de fonctionnement de la Société.
- . . .
5. Le paiement que la Société est tenue de faire aux termes d'une entente qu'elle a conclue avec le consentement du ministre des Finances relativement à la répartition des sommes reçues de Casino Rama.

#### IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1996), 38 C.R.R. (2d) 297

Dans une décision rendue à l'audience et suivie de motifs écrits, le juge Cosgrove a décidé que l'exclusion des parties appelantes du Fonds des Premières nations portait atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* et n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Il a également estimé que le par. 15(2) ne pouvait pas être invoqué comme moyen de défense relativement à l'atteinte au par. 15(1). En outre, il a déclaré que la province avait outrepassé la compétence que lui confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, le juge Cosgrove a rendu une ordonnance portant que les six communautés appelantes avaient le droit de participer pleinement à la distribution des recettes du Fonds des Premières nations ainsi qu'aux négociations concernant le Fonds. Cette ordonnance portait en outre que l'AMAO, qui ne demandait pas le droit de recevoir une part du Fonds des Premières nations, avait le droit de participer à la négociation des modalités de distribution des recettes du Fonds.

Le juge Cosgrove a décidé que les parties appelantes étaient défavorisées par rapport aux communautés autochtones inscrites et, en outre, que l'exclusion des Autochtones non inscrits était à première vue discriminatoire pour des raisons fondées sur la race ou l'origine ethnique. Il a souligné

of a pattern of discrimination on the part of the province against the appellants. In this regard, he stated that the provincial government's rationale for excluding the appellants was "starkly arbitrary" and "recently constructed in response to the [appellants'] applications" (p. 304). The government's rationale for limiting the distribution of the First Nations Fund to registered bands was set out as follows:

1. First Nations [bands] are a clearly identified group under the *Indian Act*. Extension beyond this group raises complex questions about who is aboriginal or Metis. These questions have been the subject of extensive debate and have yet to be satisfactorily resolved.
2. First Nations bands are recognized as governments with an attendant accountability to their members [under the *Indian Act*]. The *Indian Act* provides for the establishment and maintenance of membership lists, the management of moneys for the use and benefit of Indians and bands, the election of Chiefs and councillors, the management and use of reserve lands and the power of band councils to make by-laws.
3. Virtually all First Nations bands have reserves. As a result of the constitutional division of powers, some residents of reserves do not have [access to] the same level of programs and services received by the rest of Ontarians.
4. The First Nations bands have from a very early stage indicated an interest in the casino business and have been involved throughout the process. . . .

Cosgrove J. rejected each of these four propositions. On the first issue of identity, Cosgrove J. found that this question was not as complex as alleged by the respondents since he had dealt with this identification issue in his recent decision in *R. v. Perry*, [1996] 2 C.N.L.R. 167 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), rev'd (1997), 148 D.L.R. (4th) 96 (Ont. C.A.) (*sub nom. Ardoch Algonquin First Nation v.*

que ce cas d'exclusion reflétait une attitude discriminatoire de la province à l'endroit des parties appelantes. À cet égard, il a dit que les motifs avancés par le gouvernement provincial pour justifier l'exclusion des parties appelantes étaient [TRA-DUCTION] «nettement arbitraires» et «élaborés récemment en réponse aux actions intentées [par les parties appelantes]» (p. 304). Les motifs invoqués par le gouvernement pour expliquer la restriction de la distribution du Fonds des Premières nations aux bandes inscrites ont été exposés ainsi:

[TRADUCTION]

1. Les Premières nations [constituées en bandes] constituent un groupe clairement identifié au regard de la *Loi sur les Indiens*. L'élargissement de ce groupe soulève des questions complexes relativement à l'identification des Autochtones et des Métis. Ces questions qui ont été abondamment débattues n'ont pas été encore résolues de façon satisfaisante.
2. Les Premières nations constituées en bandes sont reconnues comme des gouvernements et sont à ce titre responsables envers leurs membres [suivant la *Loi sur les Indiens*]. La *Loi sur les Indiens* pourvoit à l'établissement et au maintien de listes de membres, à la gestion des fonds à l'usage et au bénéfice des Indiens et des bandes, à l'élection des chefs et des conseillers, à la gestion et à l'usage des terres des réserves, en plus de préciser le pouvoir des conseils de bande de prendre des règlements.
3. Pratiquement toutes les Premières nations constituées en bandes ont une réserve. Par suite du partage des compétences établi par la Constitution, certains résidents des réserves n'ont pas [accès], dans la même mesure, [aux] programmes et services offerts aux autres Ontariens.
4. Les Premières nations constituées en bandes ont manifesté très tôt leur intérêt pour le secteur des casinos et ont participé à l'ensemble du processus . . .

Le juge Cosgrove a rejeté chacune de ces quatre propositions. Relativement à la première, qui concerne l'identité, il a estimé que cette question n'était pas aussi complexe que le prétendaient les intimés puisqu'il s'était prononcé sur le problème de l'identification dans la décision qu'il avait rendue peu de temps auparavant dans l'affaire *R. c. Perry*, [1996] 2 C.N.L.R. 167 (C. Ont. (Div. gén.)),

*Ontario*), leave to appeal dismissed, [1997] 3 S.C.R. xii. He went on to find that there was no basis for deciding that the appellant groups could not meet the provincial accountability requirements. Noting that not all registered bands had reserves, he found that this rationale could not stand as a legitimate basis for excluding the non-reserve based appellants. Finally, he held that the early involvement of the bands in the casino was irrelevant to the s. 15 determination.

infirmée par (1997), 148 D.L.R. (4th) 96 (C.A. Ont.) (*sub nom. Ardoch Algonquin First Nation c. Ontario*), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii. Il a ensuite jugé que rien ne permettait de conclure à l'incapacité des groupes appelants de satisfaire aux exigences provinciales en matière d'imputabilité. Soulignant que les bandes inscrites n'ont pas toutes une réserve, il a estimé que le troisième motif ne pouvait constituer une raison légitime pour exclure les parties appelantes n'habitant pas une réserve. Enfin, il a décidé que le fait que les bandes avaient commencé à participer tôt au projet de casino n'était pas pertinent pour statuer sur la violation de l'art. 15.

37

In order to address the s. 15(2) defence raised by the respondents, Cosgrove J. accepted the approach taken in *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.) (hereinafter "*Roberts*"). That decision focused on the interpretation of s. 14(1) of the *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, which provides:

**14.** — (1) A right under Part I is not infringed by the implementation of a special program designed to relieve hardship or economic disadvantage or to assist disadvantaged persons or groups to achieve or attempt to achieve equal opportunity or that is likely to contribute to the elimination of the infringement of rights under Part I.

For the majority in *Roberts*, Weiler J.A. held that s. 14(1) of the Code was to be interpreted as having a dual purpose: (i) the exemption of affirmative action programs from review, and (ii) the promotion of substantive equality (at p. 407). Consequently, s. 14(1) can exempt a program from review if the challenge emerges from a member of a class of historically advantaged persons not intended to benefit from the program. On the other hand, s. 14(1) cannot immunize a program where (i) an individual suffering from precisely the disadvantage that the program was designed to ameliorate is excluded from the program, and (ii) no rational connection exists between the enumerated

Pour examiner le moyen de défense fondé sur le par. 15(2) soulevé par les intimés, le juge Cosgrove a souscrit à la démarche appliquée dans *Ontario Human Rights Commission c. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.) (ci-après «*Roberts*»). Cette décision portait principalement sur l'interprétation du par. 14(1) du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, qui est ainsi rédigé:

**14** (1) Ne constitue pas une atteinte à un droit reconnu dans la partie I la mise en œuvre d'un programme spécial destiné à alléger un préjudice ou un désavantage économique ou à aider des personnes ou des groupes défavorisés à jouir ou à essayer de jouir de chances égales, ou qui favorisera probablement l'élimination d'une atteinte à des droits reconnus dans la partie I.

S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Roberts*, le juge Weiler a estimé qu'il fallait considérer que le par. 14(1) du Code visait un double objectif: (i) soustraire les programmes de promotion sociale au contrôle judiciaire; (ii) favoriser l'égalité réelle (à la p. 407). Par conséquent, le par. 14(1) peut soustraire un programme au contrôle judiciaire si ce programme est contesté par un membre d'une catégorie de personnes historiquement favorisées auxquelles il n'est pas censé venir en aide. Par ailleurs, le par. 14(1) ne peut protéger un programme lorsque les circonstances suivantes sont réunies: (i) une personne souffrant précisément du désavantage que le programme tend à atténuer est exclue du champ d'application de ce programme; (ii) il n'existe aucun lien rationnel

ground of discrimination and the purpose of the program (*Roberts, supra*).

Cosgrove J. also entertained an alternative interpretation of s. 15(2) of the *Charter* as put forward in *R. v. Willocks* (1995), 22 O.R. (3d) 552 (Gen. Div.). In that case, Watt J. focused the s. 15(2) analysis on whether the distinction created “gross unfairness”, and stated (at p. 571):

In any program which is designed to ameliorate the conditions of a disadvantaged group, others will be “disadvantaged” as a result of their non-eligibility for participation. Section 15(2) acknowledges as much. What must be avoided is gross unfairness to others. The *Charter* does *not* ask, in my respectful view, that an affirmative action program within its s. 15(2), address at once all individuals or groups who suffer similar disadvantage. There must be some room left to establish and give effect to priorities amongst disadvantaged groups, provided there is no gross unfairness. [Emphasis in original.]

From either perspective, Cosgrove J. found that s. 15(2) could not be invoked to defend the province’s discriminatory treatment of the appellants. In language reflective of the *Roberts* approach, he held that the exclusion of the appellants was “blatantly arbitrary and devoid of any reasoned or rational process of prioritization” (p. 306). He also applied the language set out in *Willocks*, holding that the exclusion was “grossly unfair” since “those of the First Nations or aboriginals who are most in need have been excluded from the project specially designed to assist their economic development” (p. 306).

B. *Ontario Court of Appeal* (1997), 33 O.R. (3d) 735

The Court of Appeal held that Cosgrove J. had misapprehended the facts and made errors in law. Primarily, the Court of Appeal found that Cosgrove J. had made a fundamental error in improv-

entre le motif de discrimination énuméré et l’objet du programme (*Roberts, précité*).

Le juge Cosgrove a également appliqué une autre interprétation du par. 15(2) de la *Charte*, avancée dans *R. c. Willocks* (1995), 22 O.R. (3d) 552 (Div. gén.). Dans cette affaire, le juge Watt a fait porter l’analyse fondée sur le par. 15(2) sur la question de savoir si la distinction créait une [TRADUCTION] «injustice flagrante», et il a dit (à la p. 571):

[TRADUCTION] Dans tout programme destiné à améliorer la situation d’un groupe défavorisé, certaines personnes seront «défavorisées» en raison de leur inadmissibilité. Le paragraphe 15(2) reconnaît ce fait. Ce qu’il faut éviter, ce sont les iniquités flagrantes envers certaines personnes. À mon humble avis, la *Charte* ne demande *pas* qu’un programme de promotion sociale visé au par. 15(2) s’applique dès le départ à toutes les personnes et à tous les groupes qui souffrent d’un désavantage similaire. Les intéressés doivent disposer d’une certaine latitude afin de pouvoir décider lesquels parmi les groupes défavorisés profiteront en priorité de l’application du programme, pourvu que cela n’entraîne pas d’injustice flagrante. [En italique dans l’original.]

Le juge Cosgrove a estimé que, d’un point de vue comme de l’autre, le par. 15(2) ne pouvait être invoqué pour défendre le traitement discriminatoire des parties appelantes par la province. S’exprimant dans des termes évoquant l’approche appliquée dans l’arrêt *Roberts*, il a jugé que l’exclusion des parties appelantes était [TRADUCTION] «manifestement arbitraire et ne reposait sur aucune mesure raisonnée ou rationnelle d’établissement de priorités» (p. 306). Il a également utilisé le langage utilisé dans *Willocks*, estimant que l’exclusion était [TRADUCTION] «manifestement inéquitable» puisque «ceux parmi les Premières nations ou les Autochtones qui ont les plus grands besoins ont été exclus d’un projet visant spécialement à les aider dans leur développement économique» (p. 306).

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1997), 33 O.R. (3d) 735

La Cour d’appel a estimé que le juge Cosgrove avait mal saisi les faits et avait commis des erreurs de droit. Essentiellement, la Cour d’appel a jugé qu’il avait commis une erreur fondamentale en

38

39

40

erly applying evidentiary and legal aspects from the *Perry* decision. In effect, Cosgrove J. had inappropriately treated this case as being “packaged” with *Perry*, ignoring the many factual and legal distinctions between the two cases with the most important distinction being that this case did not raise a claim to an aboriginal right pursuant to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This fundamental error had led Cosgrove J. to further substantive errors in the determination of the case.

appliquant erronément des aspects de l'affaire *Perry* touchant à la preuve et au droit. De fait, le juge Cosgrove avait considéré à tort la présente affaire comme «faisant un tout» avec *Perry*, faisant abstraction des nombreuses distinctions d'ordre factuel et juridique entre les deux affaires, la plus importante étant que la présente affaire ne soulève pas la revendication d'un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette erreur fondamentale avait amené le juge Cosgrove à commettre d'autres erreurs substantielles en décidant l'affaire.

41 Having set the trial judge's decision aside, the Court of Appeal moved on to its consideration of the principles applicable to the appeal. In that respect, it concluded that the appeal was to be decided on the basis of interpreting s. 15(2) of the *Charter*, since the main object of the casino project was to ameliorate the social and economic conditions of First Nations bands.

Ayant écarté la décision du juge de première instance, la Cour d'appel a ensuite examiné les principes applicables à l'appel. À cet égard, elle a estimé que l'appel devait être tranché en interprétant le par. 15(2) de la *Charte*, puisque l'objectif principal du projet de casino était l'amélioration de la situation sociale et économique des Premières nations constituées en bandes.

42 Although the Court of Appeal quickly determined, given an examination of the legislative history of s. 15(2), that the provision was included in the *Charter* in order to “recognize the legitimacy of special government programs to help the disadvantaged” (p. 752), the legislative history provided little guidance on the proper interaction between ss. 15(1) and 15(2). Consequently, the Court of Appeal turned to the equality jurisprudence for direction, and found that the starting place for this analysis was the recognition that s. 15(2) enhanced and explained the substantive, rather than formalistic, approach to equality in s. 15. The Court of Appeal stated (at pp. 752-53):

Bien que la Cour d'appel ait rapidement jugé, au terme de l'examen de l'historique législatif du par. 15(2), que cette disposition avait été inscrite dans la *Charte* afin de [TRADUCTION] «reconnaître la légitimité des programmes gouvernementaux spéciaux destinés à venir en aide aux personnes défavorisées» (p. 752), l'historique législatif comportait peu d'indications sur l'interaction des par. 15(1) et 15(2). Par conséquent, la Cour d'appel a cherché des indications dans la jurisprudence sur l'égalité et a estimé que le point de départ de cette analyse était la reconnaissance que le par. 15(2) étayait et expliquait l'approche — axée sur le fond plutôt que sur la forme — relative aux droits à l'égalité prévus par l'art. 15. La Cour d'appel a dit ceci (aux pp. 752 et 753):

We view s. 15(2) of the *Charter* as furthering the guarantee of equality in s. 15(1), not as providing an exception to it. This view is grounded in our concept of equality and in the Supreme Court of Canada's equality jurisprudence. Beginning with *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, . . . and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, . . . the Supreme Court of Canada has consistently stated that the purpose of the equality guarantee in s. 15(1) is to remedy historical disadvantage, that identical treatment can perpetuate disadvantage and that equality may sometimes require differ-

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que le par. 15(2) de la *Charte* renforce la garantie d'égalité prévue au par. 15(1), et non qu'elle l'assortit d'une exception. Cette opinion repose sur notre conception de l'égalité et sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d'égalité. Depuis les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, [. . .] et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, [. . .] la Cour suprême du Canada rappelle constamment que l'objet de la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) est de remédier aux désavantages historiques, que le fait de traiter tous

ent treatment. Section 15(2) enhances this concept of equality by recognizing that achieving equality may require positive action by government to improve the conditions of historically and socially disadvantaged individuals and groups in Canadian society. We therefore read ss. 15(1) and 15(2) of the *Charter* together to embrace this one consistent concept of equality.

Understood this way, s. 15(2) must be considered with s. 15(1) in determining “*whether a claim of discrimination has been established*” (p. 754 (emphasis in original)). In addition, the Court of Appeal determined that, while s. 15(2) did not immunize special programs from constitutional review, the judicial review of these programs was limited in order to support governments in undertaking such remedial initiatives. Therefore, to invoke s. 15(2) a court need only be satisfied that the target of the program was a disadvantaged group, and the purpose of the program was to ameliorate these conditions. In support of this interpretation, the Court of Appeal noted that s. 15(2) contained no language calling for the assessment of the effectiveness of the program. Neither was there any basis for demanding a rational relationship between the cause of the disadvantage and the program design. If, according to this standard of review, the program infringes the equality interest, these issues are considered under s. 1 of the *Charter*.

After commenting that the language and history of s. 15(2) “seem to militate against . . . challenges to s. 15(2) programs by members of socially advantaged or privileged groups” (p. 755), the Court of Appeal proceeded to focus on situations, such as this appeal, where the claimants are disadvantaged, and the alleged breach of s. 15(1) flows from the program’s underinclusiveness. This analysis, they found, was to be focused on distinguishing between those claiming discrimination as members of a disadvantaged group who fell within the scope of the targeted special program, and challenges by disadvantaged groups who fell

les individus de la même manière peut perpétuer ces désavantages et que l’égalité peut parfois commander un traitement différent. Le paragraphe 15(2) renforce cette conception de l’égalité en reconnaissant que la réalisation de l’égalité peut exiger la prise de mesures concrètes par le gouvernement afin d’améliorer la situation des personnes et des groupes historiquement et socialement défavorisés dans la société canadienne. Nous considérons donc que les par. 15(1) et 15(2) de la *Charte* correspondent ensemble à cette conception stable de l’égalité.

43  
 Considéré sous cet angle, le par. 15(2) doit être examiné en corrélation avec le par. 15(1) pour déterminer [TRADUCTION] «*si le bien-fondé d’une allégation de discrimination a été démontré*» (p. 754 (en italique dans l’original)). En outre, la Cour d’appel a jugé que, quoique le par. 15(2) ne soustrait pas les programmes spéciaux au contrôle de leur constitutionnalité, le contrôle judiciaire de ces programmes a été restreint afin d’appuyer les gouvernements prenant de telles mesures réparatrices. Par conséquent, le tribunal qui désire invoquer le par. 15(2) doit seulement être convaincu que le programme vise un groupe défavorisé et qu’il a pour objet d’améliorer la situation de ces personnes. Au soutien de cette interprétation, la Cour d’appel a souligné que rien dans le texte du par. 15(2) n’exigeait l’appréciation de l’efficacité du programme. Rien ne permettait non plus d’exiger qu’il y ait un lien rationnel entre la cause du désavantage et les modalités du programme. Si, selon cette norme de contrôle, le programme porte atteinte au droit à l’égalité, ces questions sont examinées au regard de l’article premier de la *Charte*.

44  
 Après avoir indiqué que le texte et l’historique du par. 15(2) [TRADUCTION] «*semblent militer contre [. . .] la contestation des programmes visés au par. 15(2) par les membres des groupes socialement favorisés ou privilégiés*» (p. 755), la Cour d’appel s’est concentrée sur les situations où, comme dans le présent pourvoi, les demandeurs sont défavorisés et où la contravention du par. 15(1) reprochée découle du champ d’application trop limitatif du programme. La Cour d’appel a estimé que cette analyse devait s’attacher à distinguer entre les personnes prétendant faire l’objet de discrimination en tant que membres d’un

outside the object of the program. Since s. 15(2) affirms government initiatives directed at redressing disadvantage, these programs should be shielded to the extent that they address a specific disadvantage. In short, in underinclusive situations, one can find discrimination only if a distinction is made resulting in the denial of a benefit to a member of the group targeted by the program. As a result, the key to the s. 15(2) analysis is properly characterizing the object or the purpose of the program in order to determine whether the claimants are within a group targeted by that program's objects.

groupe défavorisé qui relève du champ d'application du programme spécial ciblé et les contestations présentées par les groupes défavorisés qui ne sont pas visés par l'objet du programme. Puisque le par. 15(2) confirme la validité des mesures gouvernementales visant à remédier à un désavantage, ces programmes doivent être protégés dans la mesure où ils visent un désavantage précis. Bref, dans le cas d'un programme ayant un champ d'application trop limitatif, on ne peut conclure à l'existence de discrimination que si une distinction entraîne la privation d'un avantage pour un membre du groupe visé par le programme. Par conséquent, il est essentiel, dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(2), de bien qualifier l'objet ou le but du programme afin de déterminer si les demandeurs font partie d'un groupe ciblé par les objectifs de ce programme.

45 The Court of Appeal accepted the broad approach to determining a program's purpose as articulated by Sopinka J., for the majority, in *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566. Rejecting a narrow or formalistic approach, Sopinka J. asserted that in order to establish the "true character or underlying rationale" a full review of the evidence was required (*Gibbs*, at para. 38).

La Cour d'appel a souscrit à la démarche générale de détermination de l'objet d'un programme qu'a formulée le juge Sopinka, au nom de la majorité, dans *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566. Rejetant les approches étroites ou formalistes, le juge Sopinka a affirmé que pour établir la «nature véritable ou [l]a raison d'être sous-jacente», il fallait procéder à un examen complet de la preuve (*Gibbs*, au par. 38).

46 Before applying its interpretation of the s. 15(2) analysis, the Court of Appeal paused to consider the relevance of alleged differences in levels of disadvantage suffered by the claimant and respondent aboriginal communities. First, it found that it had been indisputably established that all aboriginal peoples in Canada are disadvantaged in terms of life expectancy, child welfare, educational attainment, employment, and living conditions. Secondly, the court found that the record had not established that the claimants were relatively more disadvantaged than the respondent aboriginal communities. Nonetheless, it held that this question was irrelevant to the s. 15(2) analysis, which is to be focused on establishing the true purpose of the program and whether the excluded group was

Avant d'appliquer son interprétation de l'analyse fondée sur le par. 15(2), la Cour d'appel s'est arrêtée pour examiner la pertinence des niveaux de désavantage différents dont seraient victimes les communautés autochtones demandresses et intimées. En premier lieu, la Cour d'appel a jugé qu'il avait été démontré de façon incontestable que tous les peuples autochtones au Canada étaient défavorisés en ce qui a trait à l'espérance de vie, au bien-être de l'enfance, au degré d'instruction, à l'emploi et aux conditions de vie. En deuxième lieu, elle a estimé qu'il ne ressortait pas du dossier que les demandeurs étaient relativement plus défavorisés que les communautés autochtones intimées. Elle a néanmoins décidé que cette question n'était pas pertinente pour l'analyse fondée sur le par. 15(2), qui doit s'attacher à déterminer quel est l'objectif véritable du programme et si les

within the group specifically targeted for that purpose. In this regard, the court stated (at p. 760):

Moreover, we do not think that pitting one aboriginal group against another in a perverse competition over which is more needy accords with the purpose and spirit of s. 15 of the *Charter*. Both the applicants and the bands are demonstrably disadvantaged. We do not have to determine the question of relative disadvantage to decide this appeal. The issue is not whether the bands are more or less disadvantaged than the applicants but whether benefitting only the bands reflects the true purpose of the project and is consistent with the goals of s. 15(2).

An examination of the record and its account of the distinct circumstances of the bands assisted the court in purposively determining that the casino project's true purpose was to benefit specifically the First Nations bands. The first distinct circumstance that was considered was the relation of the bands to reserves, given that the project was reserve-based. Even though there were a number of bands without reserve communities, the Court of Appeal held that this "leakage" did not undermine the overall objects of the project, nor appreciably strengthen the applicants' position.

Beyond the reserve-based distinctions between the claimant and respondent aboriginal communities, the Court of Appeal found that other important differences existed and were specifically relevant to the casino project. In short, the bands stood on a different footing from the applicant groups inasmuch as: (i) the *Indian Act* regime created a level of political and financial accountability for the bands which was in keeping with the province's need to regulate commercial gambling strictly, (ii) the application of the registration and membership list provisions of the *Indian Act* made band communities easily identifiable in contrast to the uncertainty surrounding the enumeration of Métis or non-status Indians, and (iii) the bands had

personnes exclues faisaient partie du groupe spécifiquement visé par cet objectif. À cet égard, la Cour d'appel a dit ceci (à la p. 760):

[TRADUCTION] De plus, nous ne croyons pas que le fait d'opposer un groupe autochtone à un autre dans un concours pervers visant à déterminer qui est le plus nécessaire soit compatible avec l'objet et l'esprit de l'art. 15 de la *Charte*. Tant les demandeurs que les bandes sont clairement défavorisés. Nous n'avons pas à trancher la question du désavantage relatif pour statuer sur le présent appel. Il ne s'agit pas de déterminer si les bandes sont plus ou moins défavorisées que les demandeurs, mais plutôt si le fait de ne reconnaître les avantages du projet qu'aux bandes correspond à son objet véritable et est compatible avec les buts visés par le par. 15(2).

L'examen du dossier et la description qu'on y fait des situations particulières des bandes a aidé la cour à déterminer de façon téléologique que l'objet véritable du projet de casino était de favoriser spécifiquement les Premières nations constituées en bandes. La première circonstance particulière examinée a été le lien entre les bandes et les réserves, puisque le projet est rattaché à une réserve. Même s'il y a de nombreuses bandes dont la communauté n'habite pas une réserve, la Cour d'appel a jugé que cette [TRADUCTION] «singularité» ne compromettrait pas les objets généraux du projet et ne renforçait pas de façon appréciable la thèse des demandeurs.

Outre les distinctions entre les communautés autochtones demanderesses et intimées fondées sur le rattachement à une réserve, la Cour d'appel a conclu à l'existence d'autres différences importantes et particulièrement pertinentes quant au projet de casino. En bref, les bandes n'étaient pas dans la même situation que les groupes demandeurs dans la mesure où: (i) le régime de la *Loi sur les Indiens* établissait à l'endroit des bandes un degré de responsabilité politique et financière conforme au besoin de la province de réglementer strictement les activités commerciales de jeu; (ii) l'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'inscription et aux listes de membres rendait les communautés constituées en bandes facilement identifiables, par opposition à l'incertitude du dénombrement des Métis et des Indiens non inscrits; (iii) les bandes avaient de l'expé-

47

48



experience in gaming and had established an early interest in casino gaming.

rience en matière de jeu et avaient manifesté très tôt leur intérêt à l'égard des casinos.

49 Given the province's clear ameliorative purpose, and the relation between this purpose and the distinct circumstances of the First Nations bands, the Court of Appeal held that the casino project was authorized by s. 15(2) and could not constitute discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. Finally, the Court of Appeal held that the province did not act *ultra vires* the *Constitution Act, 1867*. Although reserves and bands fall under federal jurisdiction, the province simply exercised its spending power, and did not act in any way to encroach upon the federal power.

Compte tenu de l'objectif améliorateur nettement visé par la province et de la relation entre cet objectif et la situation distincte des Premières nations constituées en bandes, la Cour d'appel a jugé que le projet de casino était autorisé par le par. 15(2) et qu'il ne pouvait être source de discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Enfin, la Cour d'appel a estimé que la province n'avait pas outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que les réserves et les bandes relèvent de la compétence du fédéral, la province a simplement exercé son pouvoir de dépenser et elle n'a empiété d'aucune façon sur la compétence du fédéral.

#### V. Issues

#### V. Les questions en litige

50 By order of Lamer C.J. dated November 25, 1998, the following constitutional questions were stated for this Court's consideration:

Par ordonnance du juge en chef Lamer datée du 25 novembre 1998, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées et soumises à notre Cour pour examen:

1. Does the exclusion of the appellant aboriginal groups from the First Nations Fund, and from the negotiations on the establishment and operation of the Fund, set up pursuant to s. 15(1) of the *Ontario Casino Corporation Act, 1993*, S.O. 1993 c. 25, on the grounds that they are not aboriginal groups registered as *Indian Act* bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question No. 1 is yes, is the violation demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Is the exclusion of the appellant aboriginal groups from the First Nations Fund of the Casino Rama Project, and from the negotiations on the establishment and operation of the Fund on the grounds that they are not aboriginal groups registered as *Indian Act* bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, *ultra vires* the power of the province under the *Constitution Act, 1867*?

1. L'exclusion des groupes autochtones appelants du Fonds des premières nations et des négociations sur l'établissement et l'exploitation du Fonds, créé conformément au par. 15(1) de la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l'Ontario*, L.O. 1993, ch. 25, pour le motif qu'ils ne sont pas des groupes autochtones inscrits comme bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la question n° 1 est affirmative, s'agit-il d'une violation dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'exclusion des groupes autochtones appelants du Fonds des premières nations du projet Casino Rama et des négociations sur l'établissement et l'exploitation du Fonds, pour le motif qu'ils ne sont pas des groupes autochtones inscrits comme bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, outrepassé-t-elle les pouvoirs conférés à la province par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

VI. AnalysisA. *Introduction*

At the centre of this appeal is the appellants' claim that their exclusion from the First Nations Fund represents a contravention of the equality right guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. The courts below, however, made their respective decisions without the benefit of this Court's decision in *Law, supra*, which synthesized the s. 15(1) jurisprudence of the Court. Consequently, I will begin the analysis with a brief review of that decision before going on to discuss the application of the s. 15(1) substantive equality analysis to this appeal.

In addition, since the courts below based their decisions on the application of s. 15(2) as opposed to s. 15(1) and the interpretation of s. 15(2) was fully argued before this Court, the next section of the analysis is devoted to a discussion of s. 15(2) and its relationship with s. 15(1). The final section of the analysis deals with the question of whether the province of Ontario acted *ultra vires* its jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*.

B. *The Synthesis in Equality Jurisprudence*

In the recent decision of *Law, supra*, this Court reviewed its equality jurisprudence and provided a summary of the basic principles relating to the purpose of s. 15(1) and the proper approach to equality analysis generally. This review revealed considerable continuity in this Court's understanding of the purpose of s. 15(1), and provided the basis for setting forth a synthesis of the various formulations of the s. 15 analysis. The synthesized approach requires that the determination of a discrimination claim be grounded in three broad inquiries (*Law, supra*, at para. 39). First, we must examine whether the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others. Secondly, we must establish whether this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds. And

VI. L'analyseA. *Introduction*

L'essence du présent pourvoi est la prétention des parties appelantes que leur exclusion du Fonds des Premières nations contrevient au droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Les juridictions inférieures ont cependant rendu leur décision respective sans disposer de l'arrêt *Law*, précité, de notre Cour dans lequel celle-ci a fait une synthèse de sa jurisprudence relative au par. 15(1). En conséquence, je vais commencer l'analyse par un bref rappel de cette décision avant d'examiner l'application au présent pourvoi de l'analyse relative à l'égalité réelle au regard du par. 15(1).

En outre, puisque les juridictions inférieures ont fondé leurs décisions sur l'application non pas du par. 15(1) mais plutôt du par. 15(2), et que l'interprétation de ce dernier paragraphe a été débattue de façon exhaustive devant notre Cour, la partie suivante de l'analyse est consacrée à l'examen du par. 15(2) et de sa corrélation avec le par. 15(1). La dernière partie de l'analyse porte sur la question de savoir si la province d'Ontario a outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. *Synthèse de la jurisprudence relative à l'égalité*

Dans le récent arrêt *Law*, précité, notre Cour a passé en revue sa jurisprudence en matière d'égalité et elle a résumé les principes fondamentaux touchant l'objet du par. 15(1) et la démarche applicable de façon générale à l'analyse relative à l'égalité. Cet examen a révélé une très grande continuité dans la façon dont notre Cour interprétait l'objet du par. 15(1) et il a servi de base à l'énoncé de la synthèse des diverses formulations de l'analyse fondée sur l'art. 15. Suivant cette démarche synthétique, il faut, pour statuer sur une allégation de discrimination, répondre à trois grandes questions (*Law*, précité, au par. 39). Premièrement, il faut se demander si la loi, le programme ou l'activité traite le demandeur différemment d'autres personnes. Deuxièmement, il faut déterminer si cette différence de traitement est fondée sur un ou plu-

51

52

53

finally, we must ask whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory.

54

This three-staged inquiry is not to be undertaken according to a fixed formula or a rigid test. Rather, s. 15(1) is to be interpreted in a purposive and contextual manner in order to permit the realization of the provision's strong remedial purpose, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach (*Law, supra*, at para. 88 (p. 548); *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, *per Cory J.* at para. 47). The main focus of the inquiry is to establish whether a conflict exists between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of s. 15(1). The central purpose of the guarantee in s. 15(1) is to protect against the violation of essential human dignity (*Law, supra*, at para. 51; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, *per McLachlin J.* (as she then was) at para. 75). The concept of human dignity was described in the following terms (*Law, supra*, at para. 53):

For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or

sieurs motifs énumérés ou analogues. Enfin, il faut se demander si la loi, le programme ou l'activité contesté a un objet ou un effet qui est source de discrimination réelle.

Cette analyse en trois étapes ne doit pas être faite en appliquant une formule figée ou un critère rigide. Au contraire, il faut interpréter le par. 15(1) au moyen d'une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte afin de permettre la réalisation de l'important objet réparateur de cette disposition et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique (*Law, précité*, au par. 88 (p. 548); *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, le juge Cory, au par. 47). L'analyse vise principalement à déterminer s'il existe un conflit entre l'objet ou l'effet de la disposition législative contestée et l'objet du par. 15(1). L'objet fondamental de la garantie prévue au par. 15(1) est la protection des individus contre les atteintes à la dignité humaine essentielle (*Law, précité*, au par. 51; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada), au par. 75). La notion de dignité humaine a été décrite ainsi (*Law, précité*, au par. 53):

Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position

her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

In appreciation of the depth and complexity of the human dignity interest, the discrimination inquiry demands a full contextual analysis. However, this contextual analysis is a directed inquiry; it is focused through the application of contextual factors which have been identified as being particularly sensitive to the potential existence of substantive discrimination. This contextual analysis proceeds on the basis of “a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant” (*Law, supra*, at para. 55). Further, the determination of the appropriate comparator and the evaluation of the context must be examined from the reasonable perspective of the claimant. The question to be asked is whether, taking the perspective of a “reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim” (*Law, supra*, at para. 88 (p. 550)), the law has the effect of demeaning a claimant’s human dignity (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, *per* L’Heureux-Dubé J. at para. 56).

At this point, I must pause to mention that the s. 15(1) scrutiny is not limited to distinctions set out only in legislation. Given the remedial purpose of s. 15, we must have a broad understanding of how “law” in s. 15(1) is defined (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 585). The necessity for a broader definition becomes manifest in cases such as this appeal, since it is clear that s. 15(1) must be available to review ameliorative programs. La Forest J. recognized precisely this in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 277, where he determined that:

One need simply examine s. 15(2) which provides that s. 15(1) “does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of

d’une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu’une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l’ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

Eu égard à la portée et à la complexité du droit à la dignité humaine, l’analyse relative à la discrimination commande un examen exhaustif du contexte. Cette analyse contextuelle est toutefois balisée; elle s’attache à l’application de facteurs contextuels qui ont été considérés particulièrement susceptibles de révéler l’existence potentielle de discrimination réelle. Cette analyse contextuelle prend la forme d’«une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l’allégation et le demandeur» (*Law*, précité, au par. 55). En outre, la détermination de l’élément de comparaison approprié et l’évaluation du contexte doivent être réalisées à partir du point de vue raisonnable du demandeur. La question qu’il faut se poser est de savoir si, du point de vue d’une «personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents» (*Law*, précité, au par. 88 (p. 550)), la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine du demandeur (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, le juge L’Heureux-Dubé, au par. 56).

Je dois m’arrêter, à ce stade-ci, pour mentionner que l’examen fondé sur le par. 15(1) ne se limite pas aux seules distinctions établies par un texte de loi. Compte tenu des fins réparatrices de l’art. 15, il faut très bien saisir la façon dont le mot «loi» figurant au par. 15(1) est défini (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, à la p. 585). Le besoin d’une définition plus large devient manifeste dans les affaires comme celle qui nous occupe, puisqu’il est clair que le par. 15(1) doit pouvoir servir au contrôle des programmes améliorateurs. C’est précisément ce qu’a reconnu le juge La Forest dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 277, où il a dit ceci:

On n’a qu’à examiner le par. 15(2) qui prévoit que le par. 15(1) «n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation

55

56

disadvantaged individuals or groups . . . ”. There would be no need to refer to programs and activities if s. 15(1) were confined to legislative activity. [Emphasis in original.]

Consequently, the activities relating to the First Nations Fund undertaken by the provincial government are open to *Charter* scrutiny as “action[s] taken under [the] statutory authority” of s. 15(1) of the *Ontario Casino Corporation Act, 1993* (*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 21; *Law, supra*, at para. 23).

d’individus ou de groupes défavorisés. . . » [ . . . ] Il ne serait pas nécessaire de mentionner des programmes et des activités si le par. 15(1) était limité à l’activité législative. [Souligné dans l’original.]

En conséquence, les activités du gouvernement provincial relatives au Fonds des Premières nations peuvent être examinées au regard de la *Charte* en tant qu’«actes accomplis en vertu de pouvoirs conférés par la loi», c’est-à-dire par le par. 15(1) de la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l’Ontario* (*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 21; *Law*, précité, au par. 23).

57 As noted above, the purposive s. 15(1) inquiry requires a claimant to advert to factors which contextually establish a breach of the human dignity interest. In *Law*, the Court set out four such contextual factors, with the understanding that others might emerge depending on the circumstances of a particular appeal. Each of these factors will be considered below in the discrimination analysis.

Comme il a été souligné précédemment, l’analyse fondée sur le par. 15(1) exige qu’un demandeur se réfère à des facteurs qui, dans le contexte, démontrent une atteinte au droit à la dignité humaine. Dans l’arrêt *Law*, notre Cour a décrit quatre facteurs contextuels, précisant que d’autres pourraient se présenter selon les circonstances d’un pourvoi donné. Chacun de ces facteurs sera examiné plus loin dans le cadre de l’analyse relative à la discrimination.

58 I also wish to emphasize that the relative disadvantage of the claimant, as assessed in relation to the comparator group, does not stand alone as constituting a fifth contextual factor in *Law*. Admittedly, in *Law*, there are a number of observations about what result might be expected in relation to various constellations of relative disadvantage. However, these were observations and nothing more; they were presented in order to convey a full appreciation of the flexibility of the substantive equality analysis. The broad and fully contextual s. 15(1) analysis transcends the superficiality of a simple balancing of relative disadvantage. This was stated as follows in *Law, supra*, at para. 68:

Je désire également souligner que le désavantage relatif du demandeur, apprécié par rapport au groupe de comparaison, n’est pas considéré en soi comme un cinquième facteur contextuel dans *Law*. Il est vrai que, dans cet arrêt, un certain nombre d’observations sont faites à propos du résultat auquel on pourrait s’attendre relativement à une myriade de désavantages relatifs. Il ne s’agissait toutefois que d’observations, sans plus. Ces observations ont été faites afin de bien faire saisir la souplesse de l’analyse relative à l’égalité réelle. L’analyse — large et entièrement contextuelle — fondée sur le par. 15(1) transcende le caractère superficiel de la simple mise en balance des désavantages relatifs. Cette constatation a été exprimée ainsi dans l’arrêt *Law*, précité, au par. 68:

. . . in referring to groups which, historically, have been more or less disadvantaged, I do not wish to imply the existence of a strict dichotomy of advantaged and disadvantaged groups, within which each claimant must be classified. I mean to identify simply the social reality that a member of a group which historically has been more disadvantaged in Canadian society is less likely to

. . . en me référant aux groupes qui, historiquement, ont été plus ou moins défavorisés, je ne veux pas dire qu’il existe une dichotomie stricte entre groupes favorisés et groupes défavorisés, qui doit servir à classer tous les demandeurs. Je veux simplement faire état de la réalité sociale suivant laquelle un membre d’un groupe historiquement plus défavorisé dans la société canadienne aura

have difficulty in demonstrating discrimination. Since *Andrews*, it has been recognized in the jurisprudence of this Court that an important, though not exclusive, purpose of s. 15(1) is the protection of individuals and groups who are vulnerable, disadvantaged, or members of “discrete and insular minorities”. The effects of a law as they relate to this purpose should always be a central consideration in the contextual s. 15(1) analysis. [Emphasis added.]

I, therefore, support the Court of Appeal’s rejection, albeit within its s. 15(2) interpretation, of a relative disadvantage approach. The inappropriateness of such an approach is highlighted by the unique circumstances of this appeal, where we must respectfully acknowledge the disadvantages suffered both by the claimants and the comparator group. Moreover, the remedial and holistic nature of the s. 15(1) inquiry obliges this Court to proceed to the directed contextual analysis from the standpoint of acknowledging severe and profoundly patterned historical disadvantages (see *Corbiere, supra, per L’Heureux-Dubé J.* at para. 54). In short, beyond the unseemly nature of the relative disadvantage approach, i.e., “pitting one disadvantaged group against another”, its narrow focus is inconsistent with the fullness of the substantive equality analysis.

The application of the substantive equality analysis cannot be reduced to simple analytical formulae. For, while it is often true that distinctions may produce discrimination, there are many other situations where substantive equality requires that distinctions be made in order to take into account the actual circumstances of individuals as they are located in varying social, political, and economic situations. This is why this Court has long recognized that the purpose of s. 15(1) encompasses both the prevention of discrimination and the amelioration of the conditions of disadvantaged persons (see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, *per Sopinka J.* at para. 66). Accordingly, there has been an equally longstanding recognition that an underinclusive ameliorative law, program or activity may violate the constitutional equality interest (*Brooks v. Canada*

vraisemblablement moins de difficulté à prouver la discrimination. Depuis l’arrêt *Andrews*, la jurisprudence de notre Cour reconnaît qu’un objet important, mais non exclusif, du par. 15(1) est la protection des personnes et des groupes qui sont vulnérables, défavorisés ou qui font partie de «minorités distinctes et isolées». Les effets d’une loi reliés à cet objet doivent toujours constituer une considération primordiale dans le cadre de l’analyse contextuelle relative au par. 15(1). [Je souligne.]

J’appuie donc le rejet par la Cour d’appel de la démarche fondée sur le désavantage relatif, quoiqu’elle l’ait fait dans le cadre de son interprétation du par. 15(2). Le caractère inapproprié d’une telle démarche ressort clairement des faits particuliers du présent pourvoi, dans lequel nous devons reconnaître les désavantages subis tant par les demandeurs que par le groupe de comparaison. Qui plus est, la nature réparatrice et globale de l’analyse fondée sur le par. 15(1) oblige notre Cour à effectuer l’analyse contextuelle balisée en reconnaissant dès le départ l’existence de désavantages historiques graves et profondément ancrés (voir *Corbiere*, précité, le juge L’Heureux-Dubé, au par. 54). Bref, hormis le caractère inconvenant de la méthode du désavantage relatif, qui consiste à «opposer un groupe défavorisé à un autre», son objet restreint est incompatible avec le caractère complet de l’analyse relative à l’égalité réelle.

L’application de l’analyse relative à l’égalité réelle ne peut être réduite à de simples formules analytiques. Car, quoiqu’il soit souvent vrai que des distinctions peuvent être source de discrimination, il y a de nombreuses autres situations où l’égalité réelle exige que des distinctions soient faites pour tenir compte de la situation concrète d’individus vivant dans des conditions sociales, politiques et économiques différentes. Voilà pourquoi notre Cour reconnaît depuis longtemps que le par. 15(1) a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination mais aussi d’améliorer la situation des personnes défavorisées (voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, le juge Sopinka, au par. 66). En conséquence, on reconnaît également depuis longtemps qu’une loi, un programme ou une activité ayant un objectif améliorateur mais un champ d’application

59

60

*Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, *per* Dickson C.J. at p. 1240). However, until recently, this Court's consideration of underinclusiveness has been limited to the review of universal or generally comprehensive benefit schemes (see *Eldridge*, *supra*; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493).

trop limitatif peut porter atteinte au droit constitutionnel à l'égalité (*Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, le juge en chef Dickson, à la p. 1240). Jusqu'à tout récemment, toutefois, notre Cour a limité son examen de la question du champ d'application trop limitatif au contrôle de régimes d'avantages universels ou généralement accessibles (voir *Eldridge*, précité; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493).

61 This appeal, then, represents an opportunity for this Court to confirm that the s. 15(1) scrutiny applies just as powerfully to targeted ameliorative programs. Two recent post-*Law* decisions have already indicated as much (*Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Collins v. Canada*, [2000] 2 F.C. 3 (T.D.)). I now proceed to discuss the application of the s. 15(1) substantive discrimination analysis.

Le présent pourvoi donne donc à notre Cour l'occasion de confirmer que l'examen fondé sur le par. 15(1) s'applique avec autant de vigueur aux programmes améliorateurs ciblés. Deux décisions postérieures à l'arrêt *Law* l'ont déjà indiqué (*Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.)). Je vais maintenant traiter de l'application de l'analyse relative à la discrimination réelle au regard du par. 15(1).

### C. *The Application of Section 15(1)*

### C. *L'application du par. 15(1)*

#### 1. Comparator Group

#### 1. Le groupe de comparaison

62 As stated above, there are three basic stages to establishing a breach of s. 15. Briefly, the Court must find (i) differential treatment, (ii) on the basis of an enumerated or analogous ground, (iii) which conflicts with the purpose of s. 15(1) and, thus, amounts to substantive discrimination. Each of these inquiries proceeds on the basis of a comparison with another relevant group or groups, and locating the relevant comparison groups requires an examination of the subject-matter of the law, program or activity and its effects, as well as a full appreciation of the context. Generally, the claimant chooses the relevant comparator, however, a court may, within the scope of the ground or grounds pleaded, refine the comparison presented by the claimant (*Law*, *supra*, at para. 57).

Comme il a été mentionné précédemment, trois étapes fondamentales doivent être suivies pour déterminer s'il y a eu violation de l'art. 15. En résumé, le tribunal doit conclure (i) à l'existence d'une différence de traitement, (ii) fondée sur un motif énuméré ou analogue, (iii) qui contrevient à l'objet du par. 15(1) et, de ce fait, constitue de la discrimination réelle. À chacune de ces étapes, il y a comparaison avec un ou plusieurs autres groupes pertinents. Pour trouver les groupes de comparaison appropriés, il faut examiner l'objet et les effets des dispositions législatives, du programme ou de l'activité, en plus de tenir compte du contexte dans son ensemble. C'est généralement le demandeur qui choisit l'élément de comparaison pertinent, mais le tribunal peut, dans les limites du motif ou des motifs invoqués, préciser la comparaison soumise par le demandeur (*Law*, précité, au par. 57).

63 In this case, each of the two appellant groups has premised its submissions on the selection of the applicable comparator group upon a recognition that the distinction creates differential treat-

En l'espèce, chacun des deux groupes appelants a fondé ses observations quant au choix du groupe comparaison applicable sur la reconnaissance du fait que la distinction entraîne une différence de

ment for categories of aboriginal peoples. The Lovelace appellants submit that the only appropriate comparison is between aboriginal communities registered as bands and rural non-registered aboriginal communities. The Be-Wab-Bon appellants submit, however, that since the majority of non-registered aboriginal communities are made up of non-status Indians and Métis, the appropriate comparison is between status Indians and non-status Indians and Métis.

Undoubtedly, the existence of complicated relationships between individual and community aboriginal status must be recognized in the context of this appeal, especially since there are significant differences in this regard between Métis and First Nations peoples. However, the two appellant groups recognize that both the distinction made and the benefit conferred by the First Nations Fund are fundamentally directed to aboriginal communities rather than individual aboriginals. Furthermore, I see no basis for limiting the comparison of band communities with rural non-band aboriginal communities. As outlined in the factual and contextual section of these reasons, there is a great degree of diversity in the living circumstances of the appellant groups which cannot be properly reflected by this single descriptor. Accordingly, having considered the submissions of the parties, and finding that the whole context of the circumstances warrants a refinement in the identification of the comparator group, I find that the s. 15(1) inquiry must proceed on the basis of comparing band and non-band aboriginal communities.

## 2. Differential Treatment and Grounds

Having decided the relevant comparator group, we must now deal with the first and second stages of the discrimination inquiry. Firstly, we must examine whether the appellants were subject to differential treatment, and secondly, whether this

traitement pour certaines catégories de peuples autochtones. Les appelants Lovelace affirment que la seule comparaison qui convienne doit mettre en regard les communautés autochtones inscrites comme bandes et les communautés autochtones rurales non inscrites. Toutefois, les appelantes Be-Wab-Bon soutiennent que, puisque la majorité des communautés autochtones non inscrites sont composées d'Indiens non inscrits et de Métis, la comparaison doit se faire entre les Indiens inscrits d'une part et les Indiens non inscrits et les Métis d'autre part.

Il ne fait aucun doute qu'il faut, dans le contexte du présent pourvoi, reconnaître qu'il existe des rapports complexes entre le statut individuel des Autochtones et celui des communautés autochtones, d'autant plus qu'il y a des différences importantes à cet égard entre les Métis et les Premières nations. Cependant, les deux groupes appelants reconnaissent que la distinction faite par le Fonds des Premières nations et l'avantage conféré par celui-ci visent fondamentalement les communautés autochtones plutôt que les Autochtones individuellement. En outre, je ne vois aucune raison de comparer les communautés constituées en bandes aux seules communautés autochtones rurales non constituées en bandes. Comme il est indiqué dans la partie «Les faits et le contexte» des présents motifs, il existe, dans les conditions de vie des groupes appelants, une grande diversité qui ne peut pas être reflétée convenablement par ce seul élément descriptif. Par conséquent, ayant considéré les observations des parties et jugé que le contexte global commande de préciser davantage l'identité du groupe de comparaison, j'estime que l'analyse fondée sur le par. 15(1) doit être faite en comparant les communautés autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas.

## 2. La différence de traitement et les motifs

Ayant arrêté le choix du groupe comparaison pertinent, il nous faut maintenant réaliser les première et deuxième étapes de l'analyse relative à la discrimination. Premièrement, il faut se demander si les parties appelantes ont fait l'objet d'un traite-

64

65



differential treatment was on the basis of an enumerated or analogous ground under s. 15(1).

66 Clearly, the appellants have been subjected to differential treatment since the province of Ontario confirmed, on May 2, 1996, that the appellants were excluded from a share in the First Nations Fund and any related negotiation process. Moving, then, to a consideration of the basis of this distinction, the Be-Wab-Bon appellants submit that they were excluded on the basis of race or ethnicity. On the other hand, the Lovelace appellants submit that non-registration under the *Indian Act* is inextricably tied to a longstanding cultural, community and personal identity of a group of individuals constituting a discrete and insular minority within the larger aboriginal population. Further, they argue that their exclusion from the *Indian Act* is constructively immutable given the onerous nature of current federal policies relating to individual and band registration under the *Indian Act*.

67 Although there may be sound reasons for accepting either the Lovelace or Be-Wab-Bon submissions on the question of enumerated or analogous grounds, and as coming within previous jurisprudence of the Court such as outlined in *Corbiere, supra*; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at para. 62; *Egan, supra*; and *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, I find that it is not necessary to decide this in view of my finding that even if these grounds are present there is no discrimination in these circumstances. To that third stage of the analysis I now turn.

### 3. Contextual Analysis of Discrimination

68 As mentioned above, there are four contextual factors which provide the basis for organizing the third stage of the discrimination analysis, they are: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability, (ii) the correspondence, or lack thereof, between the ground(s) on which

ment différent et, deuxièmement, si cette différence de traitement était fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou un motif analogue à ceux-ci.

Les parties appelantes font manifestement l'objet d'un traitement différent depuis que la province d'Ontario a confirmé, le 2 mai 1996, qu'elles étaient exclues de la participation aux recettes du Fonds des Premières nations et de toute négociation à cet égard. Pour ce qui est du fondement de cette distinction, les appelantes Be-Wab-Bon soutiennent qu'elles ont été exclues sur le fondement de la race ou de l'origine ethnique. Pour leur part, les appelants Lovelace affirment que l'absence d'inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens* est inextricablement liée à l'identité culturelle, communautaire et personnelle de longue date d'un groupe de personnes qui constituent une minorité distincte et isolée au sein de l'ensemble la population autochtone. Ils prétendent également que leur exclusion de la *Loi sur les Indiens* est immuable étant donné le caractère rigoureux des politiques fédérales actuelles concernant l'inscription des individus et des bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

Quoiqu'il puisse y avoir des raisons valables d'accepter aussi bien les arguments des appelants Lovelace que ceux des appelantes Be-Wab-Bon sur la question des motifs énumérés ou analogues et de les considérer conformes à la jurisprudence antérieure de notre Cour, notamment les arrêts *Corbiere*, précité; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, au par. 62; *Egan*, précité; et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, j'estime qu'il n'est pas nécessaire que je me prononce sur ce point compte tenu de ma conclusion que, même si ces motifs sont présents, il n'y a pas de discrimination dans les circonstances. Je passe maintenant à la troisième étape de l'analyse.

### 3. L'analyse contextuelle de la discrimination

Comme je l'ai mentionné plus tôt, il y a quatre facteurs qui constituent les assises de la troisième étape de l'analyse relative à la discrimination. Ces facteurs sont: (i) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d'une situation de vulnérabilité; (ii) la correspondance, ou l'absence

the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others, (iii) the ameliorative purpose or effects of the impugned law, program or activity upon a more disadvantaged person or group in society, and (iv) the nature and scope of the interest affected by the impugned government activity. As the following discussion of those contextual factors will reveal, I conclude that no discrimination exists through the operation of the casino program.

(a) *Pre-Existing Disadvantage, Stereotyping, Prejudice or Vulnerability*

As I have already pointed out, this enquiry does not direct the appellants and respondents to a “race to the bottom”, i.e., the claimants are not required to establish that they are more disadvantaged than the comparator group. However, it is important to acknowledge that all aboriginal peoples have been affected “by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples” (*Corbiere, supra*, at para. 66). Aboriginal peoples experience high rates of unemployment and poverty, and face serious disadvantages in the areas of education, health, and housing (*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength* (1996), at pp. 108-114, 166-75, 366-69, 438-44; see also U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (Canada), E/C. 12/1/Add.31, 4 Dec. 1998, at paras. 17 and 43; and Carol Agocs and Monica Boyd, “The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s” in *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies* (2nd ed. 1993), 330, at pp. 333-36).

Apart from this background, the two appellant groups face a unique set of disadvantages. Although the two appellant groups emphasize their respective cultural and historical distinctness as Métis and First Nations peoples, both appellant groups submit that these particular disadvantages can be traced to their non-participation in, or

de correspondance, entre les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur ou d’autres personnes; (iii) l’objet ou l’effet améliorateur de la loi, du programme ou de l’activité contesté eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; (iv) la nature et l’étendue du droit touché par l’activité gouvernementale contestée. Comme le révélera l’examen de ces facteurs contextuels, j’estime que l’exploitation du programme relatif au casino ne crée pas de discrimination.

a) *La préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d’une situation de vulnérabilité*

Comme je l’ai déjà souligné, cet examen n’engage pas les parties appelantes et les intimés dans une «course vers le bas», en d’autres mots les demandeurs ne sont pas tenus de démontrer qu’ils sont plus défavorisés que le groupe de comparaison. Il est toutefois important de reconnaître que tous les peuples autochtones subissent les effets «de l’héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones» (*Corbiere, précité*, au par. 66). Les peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et ils font face à d’importants désavantages dans les domaines de l’éducation, de la santé et du logement (*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement* (1996), aux pp. 120 à 128, 186 à 197, 414 à 417, et 494 à 501; voir également Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels* (Canada), E/C. 12/1/Add. 31, 10 déc. 1998, aux par. 17 et 43; ainsi que Carol Agocs et Monica Boyd, «The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s» dans *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies* (2<sup>e</sup> éd. 1993), 330, aux pp. 333 à 336).

Indépendamment de ce contexte, les deux groupes appelants font face à un ensemble unique de désavantages. Bien que les deux groupes appelants fassent valoir le caractère distinctif de leur héritage culturel et historique respectif en tant que Métis et Premières nations, chaque groupe affirme que ces désavantages particuliers sont imputables à

exclusion from, the *Indian Act*. These disadvantages include: (i) a vulnerability to cultural assimilation, (ii) a compromised ability to protect their relationship with traditional homelands; (iii) a lack of access to culturally-specific health, educational, and social service programs, and (iv) a chronic pattern of being ignored by both federal and provincial governments. These submissions were clearly supported in the findings of the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *supra*, at p. 204:

In addition to the gap in health and social outcomes that separates Aboriginal and non-Aboriginal people, a number of speakers pointed to inequalities between groups of Aboriginal people. Registered (or status) Indians living on-reserve (sometimes also those living off-reserve) and Inuit living in the Northwest Territories have access to federal health and social programs that are unavailable to others. Since federal programs and services, with all their faults, typically are the only ones adapted to Aboriginal needs, they have long been a source of envy to non-status and urban Indians, to Inuit outside their northern communities, and to Métis people . . . .

and at p. 225:

Equity, as we use the term, also means equity among Aboriginal peoples. The arbitrary regulations and distinctions that have created unequal health and social service provision depending on a person's status as Indian, Métis or Inuit (and among First Nations, depending on residence on- or off-reserve) must be replaced with rules of access that give an equal chance for physical and social health to all Aboriginal peoples . . . .

71

Furthermore, the appellants have emphasized that these disadvantages have been exacerbated by continuing unfair treatment perpetuated by the stereotype that they are "less aboriginal", with the result that they are generally treated as being less worthy of recognition, and viewed as being disorganized and less accountable than other aboriginal peoples. In *Law, supra*, this Court affirmed that the

leur non-participation au régime établi par la *Loi sur les Indiens* ou à leur exclusion de ce régime. Parmi ces désavantages mentionnons: (i) la vulnérabilité à l'assimilation culturelle; (ii) l'affaiblissement de leur capacité de protéger leurs liens avec leurs territoires traditionnels; (iii) le manque d'accès à des programmes en matière de services sociaux, de soins de santé et d'éducation adaptés à leur culture; (iv) l'habitude des gouvernements fédéral et provinciaux de ne pas les prendre en compte. Ces observations étaient clairement étayées par les constatations suivantes du *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *op. cit.*, aux pp. 229 et 230:

Un certain nombre d'intervenants ont signalé qu'à cet écart entre autochtones et non-autochtones sur les plans de la santé et des conditions de vie, viennent se greffer les inégalités qui existent entre divers groupes autochtones. Les Indiens inscrits qui vivent dans des réserves (et parfois ceux qui vivent hors réserve) et les Inuit des Territoires du Nord-Ouest ont accès, à la différence des autres groupes, aux programmes en matière de services sociaux et de soins de santé du gouvernement fédéral. Ces programmes fédéraux, malgré tous leurs défauts, sont habituellement les seuls qui soient adaptés aux besoins des autochtones, et cette situation fait l'envie des autochtones citadins, des Indiens non inscrits, des Inuit vivant à l'extérieur de leurs communautés nordiques et des Métis. . .

et à la p. 253:

L'équité, dans le sens où nous l'entendons, veut également dire l'équité entre les peuples autochtones. Il faudra remplacer la réglementation et les distinctions arbitraires qui ont débouché sur la prestation de services sociaux et de santé différents mais inégaux, basée sur le statut — Indien, Métis ou Inuit — (et chez les Premières Nations, selon que la personne habite ou non dans une réserve), par des règles d'accès qui donnent à tous les peuples autochtones les mêmes possibilités en matière de santé physique et sociale. . .

En outre, les parties appelantes ont souligné que ces désavantages sont exacerbés par le traitement injuste continu que perpétue le stéréotype selon lequel elles seraient «moins autochtones», ce qui a pour résultat qu'elles sont généralement traitées comme étant moins dignes d'être reconnues et qu'elles sont considérées comme étant désorganisées et moins responsables que les autres peuples

existence of substantive discrimination was highly correlated with the existence of a stigmatizing stereotype. In essence, a stereotype is a “misconception whereby a person or, more often, a group is unfairly portrayed as possessing undesirable traits, or traits which the group, or at least some of its members, do not possess” (*Law, supra*, at para. 64).

In *Corbiere, supra*, this Court recognized the vulnerability of off-reserve First Nations band members to unfair treatment on the basis of that group being stereotyped as “less Aboriginal” than band members living on a reserve (*per* McLachlin and Bastarache JJ. at para. 18, and *per* L’Heureux-Dubé J. at paras. 71 and 92). While the appellants are situated differently from the *Corbiere* claimants, I accept that the appellants in this appeal are vulnerable to stereotyping in a similar and a somewhat related fashion.

The appellants have most certainly established pre-existing disadvantage, stereotyping, and vulnerability, and the Be-Wab-Bon appellants legitimately emphasized that “[f]urther inequities should not be layered upon these widely acknowledged unfair historical exclusions”. However, leaving aside as I must the arguments advanced relating to the potentially discriminatory or arbitrary nature of the exclusionary provisions of the *Indian Act*, the appellants have failed to establish that the First Nations Fund functioned by device of stereotype (*Law, supra*, at para. 102). Instead, as will be discussed below, this distinction corresponded to the actual situation of individuals it affects, and the exclusion did not undermine the ameliorative purpose of the targeted program. In short, the First Nations Fund does not conflict with the purpose of s. 15(1) and does not engage the remedial function of the equality right.

autochtones. Dans l’arrêt *Law*, précité, notre Cour a confirmé qu’il y avait une corrélation très étroite entre l’existence de discrimination réelle et l’existence d’un stéréotype stigmatisant. Essentiellement, un stéréotype est une «conception erronée à partir de laquelle une personne ou, la plupart du temps un groupe, est injustement dépeint comme possédant des caractéristiques indésirables, ou des caractéristiques que le groupe, ou au moins certains de ses membres, ne possède pas» (*Law*, précité, au par. 64).

Dans *Corbiere*, précité, notre Cour a reconnu que les membres hors réserve des Premières nations constituées en bandes sont vulnérables aux traitements injustes du fait qu’on attache à ce groupe le stéréotype que ses membres sont «moins autochtones» que les membres de bandes vivant dans des réserves (les juges McLachlin et Bastarache, au par. 18, et le juge L’Heureux-Dubé, aux par. 71 et 92). Bien que, dans le présent pourvoi, les parties appelantes ne soient pas dans la même situation que les demandeurs dans *Corbiere*, j’estime qu’elles sont également vulnérables aux stéréotypes et ce d’une manière assez connexe.

Les parties appelantes ont certes établi la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes et d’une situation de vulnérabilité, et le groupe Be-Wab-Bon a à juste titre fait valoir qu’[TRADUCTION] «[i]l ne faut pas ajouter d’autres iniquités à ces exclusions historiques injustes et largement reconnues». Toutefois, faisant abstraction comme je me dois de le faire des arguments avancés relativement à la nature potentiellement discriminatoire ou arbitraire des dispositions exclusives de la *Loi sur les Indiens*, j’estime que les parties appelantes n’ont pas réussi à démontrer que le Fonds des Premières nations fonctionnait par l’application de stéréotypes (*Law*, précité, au par. 102). Au contraire, comme je vais l’expliquer plus loin, cette distinction correspond à la situation véritable des individus qu’elle touche, et l’exclusion ne compromet pas l’objet améliorateur du programme ciblé. Bref, le Fonds des Premières nations n’est pas incompatible avec l’objet du par. 15(1) et ne fait pas entrer en jeu la fonction réparatrice du droit à l’égalité.

72

73

(b) *Correspondence to the Needs, Capacities and Circumstances*b) *La correspondance aux besoins, aux capacités et à la situation*

74

As discussed above, the province and the First Nations bands agreed that the First Nations Fund revenues were to be directed to community development, health, education, economic development, and cultural development. However, in the context of the overall project, they had agreed to much more, and in order to understand fully the nature of this program and whether it corresponds with the actual circumstances of the appellants, there must be a recognition of how the First Nations Fund is embedded in the overall casino project. Specifically, it is critical to recognize that the province did not merely and unilaterally allocate this First Nations Fund from its general consolidated revenue pool. Rather, the First Nations Fund represents the proceeds of a partnered initiative designed to address several issues at once, namely: (i) to reconcile the differing positions of the province and First Nations bands with respect to the need to regulate reserve-based gambling activities, (ii) to support the development of a government-to-government relationship between First Nations bands and the provincial government, as a concretization of the SPR, and (iii) to ameliorate the social, cultural and economic conditions of band communities.

Comme je l'ai indiqué précédemment, la province et les Premières nations constituées en bandes ont convenu que les recettes du Fonds des Premières nations seraient affectées au développement communautaire, à la santé, à l'éducation ainsi qu'au développement économique et culturel. Cependant, les parties avaient convenu de beaucoup d'autres choses dans le contexte de l'ensemble du projet et, afin de saisir pleinement la nature de ce programme et de déterminer s'il correspond à la situation véritable des parties appelantes, il faut reconnaître comment le Fonds des Premières nations fait partie intégrante du projet de casino dans son ensemble. En particulier, il est essentiel de reconnaître que la province n'a pas simplement et unilatéralement créé ce Fonds au moyen de sommes prélevées sur le Trésor provincial. Au contraire, le Fonds est constitué des recettes d'une mesure qui a été établie en partenariat et vise à réaliser plusieurs objectifs en même temps, à savoir: (i) concilier les positions différentes de la province et des Premières nations constituées en bandes relativement à la nécessité de réglementer les activités de jeu dans les réserves; (ii) appuyer l'établissement de relations de gouvernement à gouvernement entre les Premières nations constituées en bandes et le gouvernement provincial en vue de donner effet au SPR; (iii) améliorer les conditions sociales, culturelles et économiques des communautés constituées en bandes.

75

The appellants have submitted that they have precisely the same need to ameliorate poor social, cultural and economic conditions in their communities. They also see the First Nations Fund as creating opportunities for advancing their self-government and recognition aspirations. Aside from any need to resolve the on-reserve gambling question, I accept that the needs of the appellants correspond to the needs addressed by the casino program, for both the appellant and respondent aboriginal communities face these same social problems. However, the correspondence consideration requires more than establishing a common

Les parties appelantes ont affirmé qu'elles avaient exactement le même besoin d'améliorer les piètres conditions sociales, culturelles et économiques qui existent dans leurs communautés. Elles considèrent également que le Fonds des Premières nations leur donne la possibilité de faire avancer leurs aspirations en matière de reconnaissance et d'autonomie gouvernementale. Mise à part la nécessité de régler la question du jeu dans les réserves, j'accepte que les besoins des parties appelantes correspondent aux besoins visés par l'établissement du casino, car tant les communautés autochtones appelantes que les commu-

need. If only a common need were the norm, governments would be placed in the untenable position of having to rank populations without paying any attention to the unique circumstances and capabilities of potential program beneficiaries. I turn, therefore, to a consideration of the correspondence between the actual needs, capacities, and circumstances on the one hand, and the program on the other. In so doing, it becomes evident that the appellant aboriginal communities have very different relations with respect to the land, government, and gaming from those anticipated by the casino program.

As highlighted in the factual and contextual section of these reasons, the casino was designed to be located on a reserve, and the respondents stressed the appropriateness of such a location since First Nations bands have encountered limited economic development opportunities as a result of certain *Indian Act* provisions which place constraints on the use of this land. Although the appellants are not subject to any statutory strictures on land use, they simply do not have the land-base anticipated by the casino program. Given the interaction of a number of historical factors, some relating to cultural traditions, and some directly relating to their exclusion from the *Indian Act* regime, these aboriginal communities are of a dispersed nature and do not hold title to a land-base identifiable as an aboriginal community centre.

There is no evidence of the Lovelace appellants' involvement in gaming activities, and, thus, no correspondence between the program's focus on resolving outstanding gambling issues with these aboriginal communities. The Be-Wab-Bon appel-

nautés autochtones intimées sont aux prises avec les mêmes problèmes sociaux. Toutefois, pour satisfaire au critère de la correspondance, il faut prouver davantage que l'existence d'un besoin commun. Si la seule existence d'un besoin commun constituait la norme, les gouvernements seraient placés dans une situation insoutenable, puisqu'ils devraient alors classer les populations sans tenir aucun compte de la situation et des capacités particulières des bénéficiaires potentiels du programme. Je vais donc examiner la correspondance entre les besoins, les capacités et la situation véritables d'une part, et le programme d'autre part. Il ressort clairement de cet examen que les communautés autochtones appelantes ont, à l'égard du territoire, du gouvernement et du jeu, des rapports très différents de ceux envisagés par le programme.

Comme il a été souligné dans la partie «Les faits et le contexte» des présents motifs, le projet de casino prévoyait que celui-ci serait construit dans une réserve, et les intimés ont insisté sur le caractère approprié du choix d'un tel emplacement puisque les Premières nations constituées en bandes n'ont que des possibilités de développement économique limitées en raison de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui restreignent l'usage qui peut être fait des terres formant les réserves. Bien que les parties appelantes ne fassent pas l'objet de restrictions législatives en matière d'usage de leurs terres, elles ne disposent tout simplement pas de l'assise territoriale requise par le casino. Étant donné l'interaction d'un certain nombre de facteurs d'ordre historique, dont certains se rapportent aux traditions culturelles alors que d'autres sont directement liés à l'exclusion des parties appelantes du régime établi par la *Loi sur les Indiens*, ces communautés autochtones sont dispersées et ne détiennent aucun titre relatif à une assise territoriale qui pourrait être considérée comme le foyer d'une communauté autochtone.

Il n'y a aucune preuve de la participation des appellants Lovelace à l'exploitation d'activités de jeu et, par conséquent, aucune correspondance entre ces communautés autochtones et l'aspect du projet qui tend au règlement des questions litigieu-

76

77

lants, however, had undertaken their own gambling negotiations with provincial representatives. Internally, they established their own gaming commission and were talking to the government about T.V. bingo initiatives and the development of their own casino. These negotiations, however, were undertaken specifically on behalf of the Métis associations and there was no ongoing dispute regarding illegal gaming activities to be resolved.

78 With the exception of the Beaverhouse First Nation (which is seeking band status in affiliation with the Chiefs of Ontario), each of the appellant groups has been struggling to achieve government recognition as self-governing aboriginal communities. Importantly, they are seeking to achieve these goals outside of the *Indian Act* statutory framework. In short, they seek to be specifically recognized as Métis peoples and as First Nations, each with their own distinct traditions, history and culture. The First Nations bands, however, are clearly on a different path to self-government and the casino project is a single stepping stone on that path.

79 Although First Nations bands recognize certain difficulties with the *Indian Act*, they acknowledge that its impact has been woven into their history and identity. While I acknowledge that, albeit in a converse manner, *Indian Act* exclusion has impacted the appellant aboriginal communities with equally powerful social force, each of the respondent and appellant aboriginal communities has undertaken self-government initiatives reflecting their own particular relation to this regime.

80 To that end, the Lovelace appellants have made individual assertions and proposals on their right to self-government to the provincial government. Separately, the Métis appellants have pursued negotiations with the provincial government, and the province has responded by setting out specific

ses touchant ces activités. Par contre, les appelantes Be-Wab-Bon avaient entrepris des négociations relatives au jeu avec des représentants provinciaux et, à l'interne, elles avaient déjà établi leur propre commission du jeu. Elles étaient également en pourparlers avec le gouvernement au sujet de projets de bingo télévisé et de l'établissement de leur propre casino. Ces négociations ont toutefois été entreprises expressément au nom des associations métisses, et il n'existait aucun différend à résoudre en matière d'activités de jeu illégales.

À l'exception de la Première nation de Beaverhouse (qui sollicite la qualité de bande avec la collaboration des Chefs de l'Ontario), chacun des groupes appelants cherche à se faire reconnaître par le gouvernement comme communauté autochtone jouissant de l'autonomie gouvernementale. Fait important, ces groupes tentent de réaliser ces objectifs en dehors du cadre établi par la *Loi sur les Indiens*. Bref, ils visent à être reconnus expressément en tant que Métis et Premières nations, chaque peuple ayant des traditions, une histoire et une culture qui lui sont propres. Cependant, les Premières nations constituées en bandes sont clairement rendues à un point différent sur la voie de l'autonomie gouvernementale, et le casino ne constitue qu'une étape sur cette voie.

Quoique les Premières nations constituées en bandes admettent l'existence de certaines difficultés liées à la *Loi sur les Indiens*, elles reconnaissent que ses effets sont intégrés dans leur histoire et leur identité. Bien que je reconnaisse que, d'une manière inverse cependant, le fait de l'exclusion des communautés autochtones appelantes de la *Loi sur les Indiens* a sur celles-ci des conséquences sociales tout aussi importantes, chacune des communautés autochtones intimées et appelantes a lancé des initiatives en matière d'autonomie gouvernementale qui reflètent ses propres rapports avec le régime établi par cette loi.

À cette fin, les appelants Lovelace ont tous présenté au gouvernement provincial des revendications et propositions individuelles relativement à leur droit à l'autonomie gouvernementale. Séparément, les appelantes métisses ont entrepris des négociations avec le gouvernement provincial, et

guidelines in support of this relationship. In contrast, the First Nations bands pursued an agreement with the province which ultimately took the shape of the SPR, and which became a central basis for the casino development.

Thus, each aboriginal community has undertaken distinct self-government initiatives which reflect their respective distinctness as unique aboriginal communities. Chief Gordon Peters, a representative of the Chiefs of Ontario, offered the following comments about the need to respect these separate initiatives:

In general, the rights and interests of the First Nations represented by COO are qualitatively different from the rights and interests of other Aboriginal groups; for example, the Inuit and the Metis. These other Aboriginal groups clearly have rights of various kinds, some of which are protected by subsec. 35(1) of the Canadian Constitution Act, 1982. But these rights are not coincident or exactly the same as the rights of First Nations, i.e. the kind of communities represented by COO. The nature and extent of rights and jurisdictions enjoyed by different Aboriginal groups always depend on the particular circumstances.

In the usual course, COO and its First Nation constituency pursue their unique rights and issues on an independent basis. Activities are undertaken without any form of contact with other Aboriginal groups (Inuit and Metis). I believe the same holds true for the regular operations and activities of these other Aboriginal groups. Thus, COO and its First Nation constituency are not consulted by these other Aboriginal groups on a regular basis. This mode of doing business is a reflection of the fact that different rights, obligations, jurisdictions and issues are at stake. [Emphasis added.]

I must stress that the casino project is not only a targeted ameliorative program, it is a program that has developed on a partnered basis, with representatives of First Nations bands having had significant decision-making input at every step of the project's development. I emphasize the partnership because the casino arrangement must be distinguished from a universal or generally comprehen-

la province a réagi en établissant des lignes directives précises devant baliser ces rapports. Par comparaison, les Premières nations constituées en bandes ont négocié avec la province et signé, en bout de ligne, le SPR, qui est devenu un élément central de l'établissement du casino.

Chaque communauté autochtone a donc pris, en matière d'autonomie gouvernementale, des mesures distinctes reflétant son caractère distinctif en tant que communauté autochtone particulière. Le chef Gordon Peters, un des représentants des Chefs de l'Ontario, a fait les commentaires suivants au sujet de la nécessité de respecter ces mesures distinctes:

[TRADUCTION] En général, les droits et intérêts des Premières nations représentées par les Chefs de l'Ontario sont qualitativement différents de ceux des autres groupes autochtones, par exemple les Inuits et les Métis. Ces autres groupes autochtones ont manifestement des droits de diverses natures, dont certains sont protégés par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 du Canada. Mais ces droits ne correspondent pas ni ne sont exactement identiques aux droits des Premières nations, c.-à-d. le genre de communautés représentées par les Chefs de l'Ontario. La nature et l'étendue des droits et compétences des différents groupes autochtones dépendent toujours des circonstances particulières.

Habituellement, les Chefs de l'Ontario et les Premières nations qu'ils représentent cherchent à faire valoir de façon indépendante les droits et questions qui leurs sont propres. Des activités sont entreprises sans aucune forme de communication avec les autres groupes autochtones (Inuits et Métis). Je crois que cela s'applique aussi aux activités ordinaires de ces autres groupes autochtones. Par conséquent, les Chefs de l'Ontario et les Premières nations qu'ils représentent ne sont pas consultés régulièrement par ces autres groupes autochtones. Cette façon de faire reflète le fait que des droits, obligations, compétences et questions de nature différente sont en jeu. [Je souligne.]

Je dois souligner que le projet de casino est non seulement un programme améliorateur ciblé, mais également un programme qui a été élaboré en partenariat avec les représentants des Premières nations constituées en bandes, qui ont participé activement aux décisions prises à chaque étape de l'élaboration du projet. J'insiste sur ce partenariat parce que les arrangements concernant le casino

81

82



sive benefits program. Given the input from the bands communities, it is not surprising that there is a very high degree of correspondence between the program and the actual needs, circumstances, and capacities of the bands. And yet, the appellants submit that the program does not precisely correspond to the actual circumstances of the bands, since (i) there are a number of Chiefs of Ontario members who do not have reserve lands or registered band status, and (ii) generally, significant numbers of band members do not live on-reserve.

doivent être distingués des programmes d'avantages universels ou généralement accessibles. Étant donné la participation des communautés constituées en bandes, le degré très élevé de correspondance entre le programme et les besoins, la situation et les capacités véritables des bandes n'a rien d'étonnant. Pourtant, les parties appelantes soutiennent que le programme ne correspond pas précisément à la situation véritable des bandes pour les raisons suivantes: (i) un certain nombre de membres des Chefs de l'Ontario n'ont pas de terres de réserve ou ne sont pas des bandes inscrites; (ii) de façon générale, un nombre appréciable de membres des bandes ne vivent pas dans une réserve.

83 While I would agree that, where the claimant group is disadvantaged the correspondence requirement is more exacting (*Law, supra*, at para. 106), I do not find that either of the above submissions put forward by the appellants serves to diminish the degree of required correspondence. Firstly, I do not view the so-called “near-band” membership of the respondent Chiefs of Ontario as “leakage” or reflecting a lack of correspondence. The record has established that these communities are seeking recognition and self-government in concert with the band communities. Indeed, according to current government policy, if they are to succeed in attaining registration they must do so on the basis of establishing very close relationships and alliances with existing bands. Secondly, as this Court recognized in *Corbiere, supra*, it is not reasonable to view the scope and breadth of a band community as being limited simply to those members living on-reserve. While there are most certainly compelling local interests on the reserve, off-reserve band members maintain meaningful participation in band affairs (*Corbiere, supra, per McLachlin and Bastarache JJ.* at para. 18).

Quoique j'accepte que, lorsque le groupe demandeur est défavorisé, l'exigence de correspondance est plus rigoureuse (*Law*, précité, au par. 106), je n'estime pas que l'un ou l'autre des deux arguments susmentionnés des parties appelantes ait pour effet de diminuer le degré de correspondance requis. Premièrement, je ne considère pas le fait que certains des membres des Chefs de l'Ontario intimés soient des [TRADUCTION] «bandes en devenir» comme une «singularité» ou comme le reflet d'une absence de correspondance. Le dossier a établi que ces communautés recherchent leur reconnaissance et leur autonomie gouvernementale de concert avec les communautés constituées en bandes. D'ailleurs, selon la politique gouvernementale actuelle, ces communautés doivent, pour obtenir leur inscription comme bandes, établir des relations et des alliances très étroites avec des bandes existantes. Deuxièmement, comme notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Corbiere*, précité, il n'est pas raisonnable de considérer qu'une communauté constituée en bande se compose uniquement des membres habitant la réserve. Bien qu'il existe des intérêts de nature locale impérieux, les membres hors réserve d'une bande continuent de participer concrètement aux affaires de la bande (*Corbiere*, précité, les juges Bastarache et McLachlin, au par. 18).

(c) *Ameliorative Purpose*

c) *L'objet améliorateur*

84 In setting out the relevance of this contextual factor in *Law, supra*, reference was made to a situ-

Dans les explications données dans l'arrêt *Law*, précité, relativement à la pertinence de ce facteur

ation where a relatively more advantaged claimant was excluded from a targeted ameliorative program. Specifically, where the ameliorative purpose or effect of such a program accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter*, the exclusion will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation (*Law, supra*, at para. 72). In *Law*, the Court also affirmed that ameliorative legislation designed to benefit the population in general, yet which excludes historically disadvantaged claimants, will “rarely escape the charge of discrimination” (*Law, supra*, at para. 26; *Vriend, supra*, per Cory J. at paras. 94-104). Specifically, in *Vriend, supra*, the Court considered the approach to underinclusivity as it arises in more comprehensive schemes as compared to underinclusive targeted programs. Cory J. stated, at para. 96:

The comprehensive nature of the Act [human rights legislation] must be taken into account in considering the effect of excluding one ground from its protection. It is not as if the Legislature had merely chosen to deal with one type of discrimination. In such a case it might be permissible to target only that specific type of discrimination and not another. This is, I believe, the type of case to which L’Heureux-Dubé J. was referring in the comments she made in *obiter* in her dissenting reasons in *McKinney* (at p. 436): “in my view, if the provinces chose to enact human rights legislation which only prohibited discrimination on the basis of sex, and not age, this legislation could not be held to violate the *Charter*”. . . . Those comments contemplated a type of legislation different from that at issue in this case, namely, legislation which seeks to address one specific problem or type of discrimination. The case at bar presents a very different situation. It is concerned with legislation that purports to provide comprehensive protection from discrimination for all individuals in Alberta. The selective exclusion of one group from that comprehensive protection therefore has a very different effect. [Emphasis added.]

This appeal raises yet another situation where both the claimant and the targeted group are equally disadvantaged, and although this scenario

contextuel, on a fait référence à la situation où un demandeur relativement plus favorisé serait exclu d’un programme améliorateur ciblé. En particulier, lorsque l’objet ou l’effet améliorateur d’un tel programme est compatible avec l’objet du par. 15(1) de la *Charte*, l’exclusion ne portera vraisemblablement pas atteinte à la dignité humaine de personnes plus favorisées lorsque leur exclusion concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé ciblé par la loi (*Law*, précité, au par. 72). Dans *Law*, notre Cour a aussi confirmé que des dispositions législatives amélioratrices qui visent la population en général mais excluent des demandeurs historiquement défavorisés seront «presque toujours taxées de discriminatoires» (*Law*, précité, au par. 26; *Vriend*, précité, le juge Cory, aux par. 94 à 104). Plus précisément, dans *Vriend*, précité, notre Cour a examiné la démarche relative au caractère trop limitatif appliquée aux régimes plus complets comparativement aux programmes ciblés ayant un caractère trop limitatif. Le juge Cory a dit ceci, au par. 96:

Le fait que la Loi [relative aux droits de la personne] établit un régime complet doit être pris en considération dans l’analyse de l’effet qu’a l’exclusion d’un motif de distinction illicite. Ce n’est pas comme si la législature avait simplement choisi de s’attaquer à un type de discrimination en particulier. En pareil cas, il aurait pu être acceptable de ne viser que ce type de discrimination, et pas les autres. C’est la situation à laquelle fait allusion, je crois, le juge L’Heureux-Dubé dans les remarques incidentes formulées dans son opinion dissidente dans l’arrêt *McKinney* (à la p. 436): «j’estime que si les provinces choisissaient d’adopter des lois sur les droits de la personne qui n’interdisent que la discrimination fondée sur le sexe et non sur l’âge, on ne pourrait dire que ces lois violent la *Charte*». [ . . . ] Ces remarques avaient trait à une loi d’un caractère différent de celle qui est contestée en l’espèce, savoir une loi visant un problème ou type particulier de discrimination. Les faits de la présente espèce sont très différents. Le texte législatif incriminé vise à assurer à chacun une protection complète contre la discrimination en Alberta. L’exclusion sélective d’un groupe en particulier de cette protection complète a donc un effet très différent. [Je souligne.]

Le présent pourvoi soulève une autre situation où tant le demandeur que le groupe ciblé sont également défavorisés, et quoique ce scénario n’ait

was not adverted to in *Law*, I think it is appropriate to extend the ameliorative purpose analysis to situations where disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability describes the excluded group or individual. Taking such an approach ensures that the analysis remains focused on whether the exclusion conflicts with the purpose of s. 15(1), and directs us away from reducing the equality analysis to a simplistic measuring or balancing of relative disadvantage. Here, the focus of analysis is not the fact that the appellant and respondent groups are equally disadvantaged, but that the program in question was targeted at ameliorating the conditions of a specific disadvantaged group rather than at disadvantage potentially experienced by any member of society. In other words, we are dealing here with a targeted ameliorative program which is alleged to be underinclusive, rather than a more comprehensive ameliorative program alleged to be underinclusive.

86 Having said this, one must recognize that exclusion from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society.

87 The ameliorative purpose of the overall casino project and the related First Nations Fund has clearly been established. In particular, the First Nations Fund will provide bands with resources in order to ameliorate specifically social, health, cultural, education, and economic disadvantages. It is anticipated that the bands will be able to target the allocation of these monies within these specified areas, thereby increasing the fiscal autonomy of the bands. This aspect of the First Nations Fund is consistent with the related ameliorative purpose of supporting the bands in achieving self-government and self-reliance. Without a doubt, this program has been designed to redress historical disadvantage and contribute to enhancing the dignity and recognition of bands in Canadian society. Furthermore, both of the above ameliorative objectives

pas été évoqué dans *Law*, j'estime qu'il est approprié d'étendre l'analyse basée sur l'objet améliorateur aux situations où le désavantage, les stéréotypes, les préjugés ou la vulnérabilité caractérisent le groupe ou l'individu exclu. L'application d'une telle démarche fait en sorte que l'analyse s'attache à la question de savoir si l'exclusion est incompatible avec l'objet du par. 15(1), et elle nous empêche de réduire l'analyse relative à l'égalité à une évaluation ou mise en balance simpliste du désavantage relatif. En l'espèce, l'aspect central de l'analyse n'est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme en question vise à améliorer la situation d'un groupe défavorisé précis plutôt qu'à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. En d'autres mots, nous sommes en présence d'un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif, et non d'un programme améliorateur plus complet auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif.

Cela dit, il faut reconnaître qu'il est peu probable que le fait d'exclure un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat ait pour effet d'associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance et d'intégration au sein de la société dans son ensemble.

L'objet améliorateur du projet de casino dans son ensemble et du Fonds des Premières nations a clairement été établi. En particulier, le Fonds fournira aux bandes des ressources en vue de remédier particulièrement aux désavantages sur les plans sociaux, culturels et économiques, ainsi qu'en matière de santé et d'éducation. On prévoit que les bandes seront en mesure d'affecter ces sommes à ces secteurs particuliers, accroissant ainsi leur autonomie financière. Cet aspect du Fonds des Premières nations est compatible avec l'objet améliorateur connexe qui est d'aider les bandes à réaliser l'autonomie gouvernementale et l'autosuffisance. Il ne fait aucun doute que ce programme a été conçu pour remédier au désavantage historique et contribuer à accroître la dignité et la reconnaissance des bandes au sein de la société canadienne.

can be met while, at the same time, ensuring that on-reserve commercial casino gaming is undertaken in compliance with the strict regulations applicable to the supervision of gaming activities. The First Nations Fund has, therefore, a purpose that is consistent with s. 15(1) of the *Charter* and the exclusion of the appellants does not undermine this purpose since it is not associated with a misconception as to their actual needs, capacities and circumstances.

(d) *Nature of the Interest Affected*

In *Egan, supra*, L'Heureux-Dubé J. explained that the essence of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating the economic, constitutional and societal significance of the interest adversely affected by the program in question (*Law, supra*, at para. 74). She stated, at paras. 63-64:

If all other things are equal, the more severe and localized the economic consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

Although a search for economic prejudice may be a convenient means to begin a s. 15 inquiry, a conscientious inquiry must not stop here. The discriminatory calibre of a particular distinction cannot be fully appreciated without also evaluating the constitutional and societal significance of the interest(s) adversely affected. Other important considerations involve determining whether the distinction somehow restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society (e.g. voting, mobility). Finally, does the distinction constitute a complete non-recognition of a particular group? It stands to reason that a group's interests will be more adversely affected in cases involving complete exclusion or non-recognition than in cases where the legislative distinction does recognize or accommodate the group, but does so in a manner that is simply more restrictive than some would like. [Emphasis in original.]

The claimants have stated that the exclusion from the First Nations Fund results in severe and localized economic and social consequences. They have also indicated that the conferral of this benefit

En outre, il est possible de réaliser ces deux objectifs améliorateurs, tout en s'assurant que les activités du casino commercial dans la réserve sont exercées conformément à la réglementation stricte applicable en matière de surveillance des activités de jeu. Le Fonds des Premières nations a donc un objet compatible avec le par. 15(1) de la *Charte*, et l'exclusion des parties appelantes ne compromet pas la réalisation de cet objet puisqu'elle n'est pas liée à une conception erronée de leurs besoins, capacités et situation véritables.

d) *La nature du droit touché*

Dans l'arrêt *Egan*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a expliqué qu'on ne peut pas évaluer pleinement l'essence d'une différence de traitement sans mesurer l'importance économique, constitutionnelle et sociale du droit auquel le programme en question a porté atteinte (*Law*, précité, au par. 74). Elle a dit ceci, aux par. 63 et 64:

Toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences économiques ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

Bien que la recherche d'un préjudice économique puisse s'avérer un moyen commode d'entreprendre une analyse fondée sur l'art. 15, une analyse consciencieuse ne doit pas s'arrêter là. On ne peut évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une distinction donnée sans également mesurer l'importance, sur le plan de la constitution et de la société, du droit auquel il a été porté atteinte. D'autres facteurs importants permettent de déterminer si la distinction restreint de quelque façon l'accès à une institution sociale fondamentale ou compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne (par exemple, le droit de vote et de libre circulation). Enfin, la distinction a-t-elle pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier? On peut penser que les droits du groupe qui est complètement exclu ou ignoré seront touchés plus gravement que si la distinction législative reconnaît ou accommode effectivement le groupe, de façon cependant plus limitée que certains le souhaiteraient. [Souligné dans l'original.]

Les demandeurs ont affirmé que leur exclusion du Fonds des Premières nations entraîne des conséquences socio-économiques graves et localisées. Ils ont également indiqué que la reconnaissance de

88

89

relates to a more constitutionally related interest in building self-reliant and recognized self-governing communities. We see, therefore, that the severe and localized economic interest is interwoven with a compelling interest in a fundamental social institution, namely recognition as self-governing aboriginal communities. However, I fail to see how the targeted arrangement and circumstances surrounding the First Nations Fund, including the special characteristics of First Nations bands as described above, results in any lack of recognition of the appellants as self-governing communities. To the extent that there is any such effect in this respect, I find it remote.

(e) *Conclusion on Discrimination*

90 Thus, applying the contextual factors discussed above, I find that the appellants have failed to demonstrate that, viewed from the perspective of the reasonable individual, in circumstances similar to those of the appellants, the exclusion from the First Nations Fund has the effect of demeaning the appellants' human dignity. There are important differences among First Nations bands, Métis communities and non-band First Nations, and as stated by L'Heureux-Dubé J. in *Corbiere, supra*, at para. 94, "[t]aking into account, recognizing, and affirming differences between groups in a manner that respects and values their dignity and difference are not only legitimate, but necessary considerations in ensuring that substantive equality is present in Canadian society." Again, I acknowledge that the appellant aboriginal communities have experienced layer upon layer of exclusion and discrimination.

91 It is not surprising that the applicability of s. 15(2) to targeted programs was raised as a question in this appeal. The respondents submit that s. 15(2) provides an alternative approach to deal-

cet avantage touche à un intérêt ayant un lien plus étroit avec la Constitution, savoir l'établissement de communautés autosuffisantes et reconnues comme titulaires de l'autonomie gouvernementale. Par conséquent, nous constatons que l'intérêt économique grave et localisé est intimement lié à un intérêt impérieux dans une institution sociale fondamentale, savoir la reconnaissance en tant que communautés autochtones jouissant de l'autonomie gouvernementale. Je ne vois toutefois pas comment les mesures ciblées et les circonstances entourant le Fonds des Premières nations, notamment les caractéristiques spéciales des Premières nations constituées en bandes décrites précédemment, ont pour effet d'empêcher les parties appelantes d'être reconnues comme des communautés titulaires de l'autonomie gouvernementale. Dans la mesure où un tel effet existe, j'estime qu'il est ténu.

e) *Conclusion relative à la discrimination*

Par conséquent, appliquant les facteurs contextuels examinés plus tôt, j'estime que les parties appelantes n'ont pas démontré que, considérée du point de vue de la personne raisonnable qui serait dans une situation analogue à la leur, leur exclusion du Fonds des Premières nations a pour effet de porter atteinte à leur dignité humaine. Il existe d'importantes différences entre les Premières nations constituées en bandes, les communautés métisses et les Premières nations non constituées en bandes, et, comme a dit le juge L'Heureux-Dubé dans *Corbiere*, précité, au par. 94, «[l]a prise en compte, la reconnaissance et la confirmation des différences qui existent entre divers groupes d'une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence sont des considérations non seulement légitimes mais également nécessaires afin de garantir l'égalité réelle des droits dans la société canadienne.» Encore une fois, je reconnais que les communautés autochtones appelantes ont, de façon répétée, été victimes d'exclusion et de discrimination.

Il n'est pas surprenant que la question de l'applicabilité du par. 15(2) aux programmes ciblés ait été soulevée dans le présent pourvoi. Les intimés plaident que le par. 15(2) permet d'appliquer diffé-

ing with the discrimination analysis and, in this case, acts to protect ameliorative programs by restricting the s. 15 review to a consideration of whether the claimants fell outside the ameliorative object of the program. The respondents are concerned that the *Charter* must be interpreted as providing a way to support the government's ability to create programs with embedded distinctions which support the amelioration of the precise circumstances of targeted groups. On the other hand, the appellants submit that, if s. 15(2) was applicable to this case, that analysis should be focused on whether there is a correspondence between the program and the needs addressed. They submit that simply drawing a line around a group of intended beneficiaries may improperly immunize discriminatory government action.

We have seen, however, that both of these concerns are fully addressed by the s. 15(1) contextual analysis outlined above. Specifically, my consideration of the correspondence factor has addressed the appellants' worry by requiring an examination of the relationship between the differential treatment and the specific needs, capacities and circumstances of the claimants and the bands. The respondents' concerns have also been addressed by the in-depth consideration of the ameliorative purpose, where it was determined that this program had a purpose consistent with s. 15(1) which was not undermined by targeting the different circumstances experienced by the First Nations bands. But all this brings me to an examination of the relationship between ss. 15(1) and 15(2) of the *Charter*.

#### D. *The Interrelationship Between Sections 15(1) and 15(2)*

##### 1. Background

The Court of Appeal decided the case on the basis of s. 15(2) and much of the argument the Court heard was based on that subsection. In that light, I believe it is important to comment on the

remment l'analyse relative à la discrimination et que, en l'espèce, il a pour effet de protéger les programmes améliorateurs en limitant le contrôle auquel ils sont assujettis au regard de l'art. 15 à la question de savoir si les demandeurs ne sont pas visés par l'objet améliorateur du programme. Les intimés soulignent que la *Charte* doit être interprétée d'une manière propre à appuyer la capacité du gouvernement de créer des programmes établissant des distinctions qui favorisent l'amélioration de la situation précise des groupes ciblés. Pour leur part, les parties appelantes affirment que si le par. 15(2) s'appliquait en l'espèce cette analyse devrait s'attacher à déterminer s'il y a correspondance entre le programme et les besoins visés. Elles prétendent que le fait de simplement circonscrire le groupe de bénéficiaires visés pourrait avoir pour effet d'immuniser à tort une mesure gouvernementale discriminatoire.

Cependant, nous avons vu que l'analyse contextuelle fondée sur le par. 15(1) qui a été exposée précédemment tient pleinement compte de ces deux préoccupations. En particulier, mon analyse du facteur de la correspondance répond à la préoccupation des parties appelantes en ce qu'elle commande l'examen du lien entre, d'une part, le traitement différent et, d'autre part, les besoins, les capacités et la situation spécifiques des demandeurs et des bandes. Les préoccupations des intimés sont également prises en compte grâce à l'examen approfondi de l'objet améliorateur, qui a permis de déterminer que ce programme a un objet compatible avec le par. 15(1), objet qui n'est pas compromis par le ciblage des situations différentes vécues par les Premières nations constituées en bandes. Tout cela m'amène maintenant à l'examen de la corrélation entre les par. 15(1) et 15(2) de la *Charte*.

#### D. *La corrélation entre les par. 15(1) et 15(2)*

##### 1. Le contexte

La Cour d'appel a tranché l'affaire sur le fondement du par. 15(2), et une large part des arguments présentés à notre Cour étaient fondés sur cette disposition. Sous cet éclairage, j'estime important de

relationship between ss. 15(1) and 15(2). This Court has not defined the scope or content of s. 15(2) of the *Charter*, at least not as a substantive or independently applicable subsection of s. 15. However, s. 15(2) has played an important role in the evolution of s. 15 jurisprudence. In particular, s. 15(2) provides a basis for the firm recognition that the equality right is to be understood in substantive rather than formalistic terms (see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 163 and 169; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 991-92; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, at p. 877; *Eaton, supra*, at paras. 66-67; and *Law, supra*, at paras. 3 and 46). Having accepted the substantive approach, the Court has interpreted s. 15(1) not only to prevent discrimination but also to play a role in promoting the amelioration of the conditions of disadvantaged persons.

commenter la corrélation entre les par. 15(1) et 15(2). Notre Cour n'a défini ni la portée ni le contenu du par. 15(2) de la *Charte*, du moins pas en tant que disposition substantielle de l'art. 15. ou paragraphe applicable de façon indépendante. Toutefois, le par. 15(2) a joué un rôle important dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 15. De façon plus particulière, le par. 15(2) permet de reconnaître avec autorité le fait que le droit à l'égalité doit recevoir une interprétation substantielle plutôt que formaliste (voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 163 et 169; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 991 et 992; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, à la p. 877; *Eaton*, précité, aux par. 66 et 67; et *Law*, précité, aux par. 3 et 46). Ayant retenu l'approche fondée sur la substance, notre Cour a donné du par. 15(1) une interprétation propre non seulement à empêcher la discrimination, mais également à favoriser l'amélioration de la situation des personnes défavorisées.

94

In developing this substantive approach to the equality interest, the Court has on occasion adverted to the language of s. 15(2). Indeed, in this Court's very first consideration of s. 15(1) in *Andrews, supra*, McIntyre J. used s. 15(2) as an interpretive aid for understanding s. 15(1). He stated, at p. 171:

Dans l'élaboration de cette approche substantielle à l'égard du droit à l'égalité, notre Cour s'est à l'occasion référée au texte du par. 15(2). D'ailleurs, la toute première fois que notre Cour a examiné le par. 15(1), dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre a utilisé le par. 15(2) en tant qu'outil d'interprétation du par. 15(1). Il a dit ceci, à la p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component . . . It must be recognized, however, as well that the promotion of equality under s. 15 has a much more specific goal than the mere elimination of distinctions. If the *Charter* was intended to eliminate all distinctions, then there would be no place for sections such as 27 (multicultural heritage); 2(a) (freedom of conscience and religion); 25 (aboriginal rights and freedoms); and other such provisions designed to safeguard certain distinctions. Moreover, the fact that identical treatment may frequently produce serious inequality is recognized in s. 15(2), which states that the equality rights in s. 15(1) do "not preclude any law, program or

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important[. . .] Cependant, il faut reconnaître que favoriser l'égalité au sens de l'art. 15 vise un but plus précis que la simple élimination de distinctions. Si la *Charte* avait pour objet d'éliminer toutes les distinctions, des dispositions comme l'art. 27 (maintien du patrimoine multiculturel), l'al. 2a) (liberté de conscience et de religion), l'art. 25 (maintien des droits et libertés des autochtones) et les autres dispositions destinées à sauvegarder certaines distinctions n'auraient alors plus leur place. De plus, le fait qu'un traitement identique puisse souvent engendrer de graves inégalités est reconnu par le par. 15(2) qui stipule que les droits à

activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups . . . .” [Emphasis added.]

A year later, Wilson J., in her dissenting reasons in *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, also made reference to the language of s. 15(2) as supporting s. 15(1)’s applicability to protect differential treatment focused on ameliorating the conditions of disadvantaged persons (at pp. 474-75):

... at the very least the purpose of this section [15(2)] is to enshrine the notion of the viability, indeed the necessity, of measures designed to redress the drastic effects of discrimination. By its terms s. 15(2) informs us that measures aimed at ameliorating the conditions of those who are disadvantaged because of such personal characteristics as race, sex and age (those in other words who have been the victims of discrimination) are constitutionally permissible. In this way subsection (2) strengthens the notion adopted by this Court in *Andrews* . . . , that what lies at the heart of the equality guarantee is protection from discrimination. [Emphasis added.]

These are just two examples of how the language of s. 15(2) has provided interpretive assistance in the development of the discrimination analysis in s. 15(1). However, the respondents have argued, and the Ontario Court of Appeal has agreed, that s. 15(2) has an independent role to play within s. 15. Although agreeing that s. 15(2) is integral to the meaning of the equality interest in s. 15, the respondents submit that s. 15(2) must play an independent role in situations involving a targeted ameliorative program. In effect, they have urged this Court to accept that s. 15(2) can act to pre-empt or limit the s. 15(1) scrutiny.

Consequently, we are confronted with two competing approaches to understanding the application of s. 15(2) and its relationship with s. 15(1). On the one hand, s. 15(2) is regarded as an interpretive aid to s. 15(1); providing conceptual depth and clarity

l’égalité contenus au par. 15(1) n’ont «pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés . . . .» [Je souligne.]

L’année suivante, dans ses motifs dissidents dans l’arrêt *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, le juge Wilson a également mentionné que le texte du par. 15(2) étayait l’applicabilité du par. 15(1) pour protéger les différences de traitements visant à améliorer la situation de personnes défavorisées (aux pp. 474 et 475):

... pour le moins cet article [le par. 15(2)] a pour objet d’inscrire dans la *Charte* la notion de la pertinence, et même de la nécessité, des mesures destinées à corriger les graves effets de la discrimination. Par ses termes mêmes, le par. 15(2) nous assure de la constitutionnalité des mesures destinées à améliorer la situation de ceux qui sont défavorisés en raison de caractéristiques personnelles telles que leur race, leur sexe ou leur âge (en d’autres termes, ceux qui ont été victimes de la discrimination). De cette façon le par. (2) renforce la notion adoptée par cette Cour dans l’arrêt *Andrews* [. . .], selon laquelle la garantie d’égalité vise essentiellement à protéger contre la discrimination. [Je souligne.]

Il ne s’agit que de deux exemples de la manière dont le texte du par. 15(2) a servi d’outil d’interprétation dans l’élaboration de l’analyse relative à la discrimination au regard du par. 15(1). Toutefois, les intimés ont avancé l’argument — d’ailleurs retenu par la Cour d’appel de l’Ontario — que le par. 15(2) joue un rôle indépendant au sein de l’art. 15. Même s’ils reconnaissent que le par. 15(2) est essentiel à la compréhension du sens du droit à l’égalité garanti à l’art. 15, les intimés affirment que le par. 15(2) doit jouer un rôle indépendant dans les affaires mettant en cause un programme améliorateur ciblé. De fait, ils ont exhorté notre Cour à accepter que le par. 15(2) peut avoir pour effet d’empêcher ou de limiter l’examen fondé sur le par. 15(1).

En conséquence, nous sommes en présence de deux façons opposées de voir l’application du par. 15(2) et son rapport avec le par. 15(1). Selon un point de vue, le par. 15(2) est considéré comme un outil d’interprétation du par. 15(1), qui appro-

95

96

97



on the substantive nature of equality. On the other hand, s. 15(2) is seen as an exemption or a defence to the applicability of the s. 15(1) discrimination analysis.

fondit et éclaire la nature substantielle de la notion d'égalité. Dans l'autre cas, le par. 15(2) est considéré comme une exemption de l'application de l'analyse relative à la discrimination fondée sur le par. 15(1) ou un moyen de défense à cet égard.

98

The tension between these competing perspectives on the interpretation and applicability of s. 15(2) is reflected in a number of inconsistent lower court decisions on the proper approach to s. 15(2). Taking the exemptive approach, Simonsen J. in *Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Manitoba)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92 (Q.B.), held that an ameliorative program designed for an identifiable disadvantaged group could be saved under s. 15(2) if the government could establish that the program was rationally designed in order to redress the cause of the disadvantage (at pp. 101-2). In other words, the s. 15(2) analysis was not only capable of being independently triggered, but it also imported and displaced the justification analysis from s. 1 of the *Charter*. In *Willocks, supra*, Watt J. also felt that s. 15(2) works to exempt any finding of a s. 15(1) violation. However, Watt J. focused his analysis on considering whether the distinctions tied to the ameliorative program created "gross unfairness" (p. 571).

Le conflit entre ces points de vue opposés sur l'interprétation et l'applicabilité du par. 15(2) se reflète dans bon nombre de décisions divergentes de juridictions inférieures relativement à l'approche appropriée à l'égard du par. 15(2). Appliquant l'approche fondée sur l'exemption dans *Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Manitoba)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92 (B.R.), le juge Simonsen a décidé qu'un programme améliorateur visant un groupe défavorisé identifiable peut être sauvegardé par l'application du par. 15(2) si le gouvernement peut démontrer que le programme est rationnellement conçu pour remédier à la cause du désavantage (aux pp. 101 et 102). En d'autres mots, l'analyse fondée sur le par. 15(2) pouvait non seulement être déclenchée de façon indépendante, mais elle avait également pour effet d'appliquer et de remplacer l'analyse relative à la justification de l'article premier de la *Charte*. Dans *Willocks*, précité, le juge Watt a aussi estimé que le par. 15(2) avait pour effet d'empêcher de conclure à la violation du par. 15(1). Cependant, le juge Watt a centré son analyse sur l'examen de la question de savoir si les distinctions liées au programme améliorateur créaient une [TRADUCTION] «injustice flagrante» (p. 571).

99

Still another interpretation originates from the decision of the Ontario Court of Appeal in *Roberts, supra*. Although that case dealt with s. 14(1) of the Ontario *Human Rights Code*, that provision was seen to have the same purpose as s. 15(2) of the *Charter* and both provisions should, therefore, be interpreted in a congruent manner (at p. 405). Weiler J.A., for the majority, found that s. 14(1) of the Ontario *Human Rights Code* had two purposes: (i) the exemption of affirmative action programs from review, and (ii) the promotion of substantive equality. However, given the need to promote substantive equality, s. 14(1) could only be invoked as an exemptive clause in situations where a rational

Une autre interprétation découle de l'arrêt *Roberts*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario. Quoiqu'il s'agisse d'une affaire portant sur le par. 14(1) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, il a été jugé que cette disposition avait le même objet que le par. 15(2) de la *Charte* et donc que ces deux dispositions devaient être interprétées de manière correspondante (à la p. 405). S'exprimant pour la majorité, le juge Weiler a estimé que le par. 14(1) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario visait deux objets: (i) exempter du contrôle judiciaire les programmes de promotion sociale; (ii) favoriser l'égalité réelle. Cependant, en raison de la nécessité de favoriser l'égalité réelle,

connection exists between the prohibited ground of discrimination and the program (see also *Silano v. The Queen in Right of British Columbia* (1987), 42 D.L.R. (4th) 407 (B.C.S.C.)). In contrast to *Manitoba Rice Farmers, supra*, the *Roberts* approach did not demand that the government demonstrate the program's effectiveness.

The "rational connection" test outlined in *Roberts, supra*, squarely matches the approach to examining the "correspondence factor" embedded in the s. 15(1) analysis outlined above. I am not at all surprised by this conceptual parallel since the *Roberts* analysis begins with the premise that ameliorative programs are generally to be regarded as consistent with s. 14(1)'s goal of promoting substantive equality. It is precisely this same premise which grounds my approach to understanding the interrelationship between ss. 15(1) and 15(2) and, for the reasons outlined below, I find that s. 15(2) can be understood as confirming the substantive equality approach of s. 15(1). However, in view of emerging equality jurisprudence, it is worth emphasizing that I do not foreclose the possibility that s. 15(2) may be independently applicable to a case in the future.

Colleen Sheppard, in *Litigating the Relationship Between Equity and Equality* (1993), a study paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, pointed out that interpreting s. 15(2) as an exemption or defence requires the courts to inappropriately frame equity programs as constituting *prima facie* violations of s. 15(1). Such a view is inconsistent with the substantive equality analysis and encourages a negative approach to ameliorative programs. In this regard, she stated at p. 2:

... equity programs should be understood as integral to, and consistent with, legal guarantees of equality for

le par. 14(1) ne pouvait être invoqué à titre de clause d'exemption que dans les cas où il existe un lien rationnel entre le motif de distinction illicite et le programme (voir, également, *Silano c. The Queen in Right of British Columbia* (1987), 42 D.L.R. (4th) 407 (C.S.C.-B.)). Contrairement à l'approche appliquée dans *Manitoba Rice Farmers*, précité, celle retenue dans *Roberts* n'exigeait pas que le gouvernement démontre l'efficacité du programme.

Le critère du «lien rationnel» énoncé dans *Roberts*, précité, correspond en tous points à la méthode d'examen du «facteur de la correspondance» qui fait partie intégrante de l'analyse relative au par. 15(1) exposée précédemment. Je ne suis aucunement surpris de ce parallèle conceptuel puisque l'analyse établie dans *Roberts* part de la prémisse que les programmes améliorateurs doivent généralement être considérés compatibles avec l'objet du par. 14(1) qui est de favoriser l'égalité réelle. C'est précisément sur cette même prémisse que repose mon approche concernant la corrélation entre les par. 15(1) et 15(2), et, pour les motifs qui suivent, j'estime que le par. 15(2) peut être considéré comme ayant pour effet de confirmer l'approche relative à l'égalité réelle du par. 15(1). Toutefois, à la lumière de la jurisprudence récente en matière d'égalité, il convient de souligner que je n'écarte pas la possibilité que le par. 15(2) puisse s'appliquer de façon indépendante dans une éventuelle affaire.

Dans une étude préparée pour la Commission de réforme du droit de l'Ontario et intitulée *Litigating the Relationship Between Equity and Equality* (1993), Colleen Sheppard a souligné que l'interprétation du par. 15(2) en tant que mesure d'exemption ou moyen de défense oblige les tribunaux à poser à tort que les programmes d'équité constituent à première vue des violations du par. 15(1). Un tel point de vue est incompatible avec l'analyse relative à l'égalité réelle et encourage une attitude négative envers les programmes améliorateurs. À cet égard, elle a dit ce qui suit à la p. 2:

[TRADUCTION]... les programmes d'équité devraient être considérés comme faisant partie intégrante des

100

101

historically disadvantaged groups in society, thereby rejecting the view that affirmative action is a source of discrimination. Thus, affirmative action is presented as an expression of equality, rather than an exception to it.

and at p. 20:

“(A)ny law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”, which is the phrase used in section 15(2) of the *Charter*, should be understood as an elucidation of what equality is all about, rather than the threshold question for delineating exceptions to equality. Treating special programs to remedy disadvantages as exceptions to equality, rather than expressions of it, allows judges to uphold such programs while continuing to adhere to a formal understanding of equality. . . .”

102

On the other hand, Mark A. Drumbl and John D. R. Craig argue that s. 15(2) should be viewed as a defence to a s. 15(1) violation since s. 15(2), properly construed, is concerned with promoting state action beyond the substantive equality requirement set out in s. 15(1) (i.e., the creation of affirmative action programs) (“Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)” (1997), 4 *Review of Constitutional Studies* 80). Specifically, at p. 85, these authors explain:

. . . section 15(1) already gives effect to the principle of substantive equality within the Canadian constitutional framework, section 15(2) must permit some forms of state action which pursue objectives beyond what is commonly understood as substantive equality. Any other conclusion would render section 15(2) redundant. This conclusion is reinforced by the broad wording of section 15(2), since the provision seemingly immunizes from constitutional review any governmental law or program which has the *objective* of improving the circumstances of members of a ‘have-not’ category, even if the law or program imposes substantial burdens on other persons, including other ‘have-nots.’ Assuming this to be true, then the scope of section 15(2) could

garanties légales d’égalité en faveur des groupes historiquement défavorisés dans la société et comme étant compatibles avec ces garanties, ce qui écarterait l’opinion que la promotion sociale est une source de discrimination. Suivant cette façon de voir, la promotion sociale est présentée comme une manifestation de l’égalité plutôt que comme une exception à l’égalité.

et à la p. 20:

«(L)es lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés», pour reprendre les termes utilisés au par. 15(2) de la *Charte*, devraient être interprétés comme une explication de ce que qu’englobe l’égalité réelle, plutôt que comme le critère préliminaire balisant des exceptions à l’égalité. Le fait de traiter les programmes spéciaux qui visent à remédier aux désavantages comme des exceptions à l’égalité, plutôt que comme des manifestations de cette dernière, permet aux juges de confirmer la validité de ces programmes tout en continuant d’adhérer à une interprétation classique de l’égalité. . . .»

De leur côté, Mark. A. Drumbl et John D. R. Craig prétendent que le par. 15(2) devrait être considéré comme un moyen de défense à une violation du par. 15(1), car, suivant l’interprétation qu’il convient de donner au par. 15(2), cette disposition vise à encourager la prise par l’État de mesures qui vont au-delà de l’exigence d’égalité réelle prescrite au par. 15(1) (c.-à-d. la création de programmes de promotion sociale) («Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)» (1997), 4 *Revue d’études constitutionnelles* 80). Plus précisément, ces auteurs donnent les explications suivantes, à la p. 85:

[TRADUCTION] . . . le paragraphe 15(1) donne déjà effet au principe de l’égalité réelle dans le cadre constitutionnel canadien, le paragraphe 15(2) doit permettre certaines interventions étatiques qui visent des objectifs allant au-delà de ce qui est communément considéré comme étant l’égalité réelle. Toute autre conclusion rendrait le paragraphe 15(2) superflu. Cette conclusion est renforcée par le libellé général du paragraphe 15(2), puisque cette disposition semble soustraire au contrôle constitutionnel les lois ou programmes gouvernementaux ayant pour *objectif* d’améliorer la situation des membres d’une catégorie de «démunis», même si la loi ou le programme en cause impose un fardeau important à d’autres personnes, y compris d’autres «démunis». À supposer que ce soit le cas, il s’ensuit que la portée du paragraphe 15(2) pourrait s’étendre considérablement

extend considerably beyond the principle of substantive equality. [Emphasis in original.]

Accepting this perspective, however, means adopting a limited understanding of what is meant by substantive equality and, more importantly, an approach that would regressively narrow the scope of s. 15(1)'s application. As outlined in the preceding s. 15(1) analysis, the s. 15(1) directed contextual analysis does not proceed on the basis of simplistic comparisons or categorizations of 'haves' and 'have-nots'. The authors' concern that s. 15(2) be made available in order to address the complexity of diversity in a continuum of disadvantage and privilege is adequately addressed in the s. 15(1) analysis which has fully integrated this holistic approach.

In this regard, Edward M. Iacobucci stated, in "Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution" (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 293, at p. 326:

The debate is whether section 15(2) *informs* the interpretation of section 15(1), which if true indicates that while section 15(2) is not absolutely necessary to establishing equality rights, it is important in determining the scope of the equality rights set out in section 15(1). Under this view, section 15(2) admittedly does not set out any new rights, but it is not redundant. [Emphasis in original.]

He goes on to say that the preferred view is recognizing s. 15(2) as an interpretive aid to s. 15(1), since taking the exemptive approach means that affirmative action programs are construed as somehow conflicting with the purpose of s. 15(1).

## 2. The Relationship Between Sections 15(1) and 15(2)

The plain meaning of the language in these subsections is consistent with the view that s. 15(2) is confirmatory and supplementary to s. 15(1). In this

au-delà du principe de l'égalité réelle. [En italique dans l'original.]

Retenir ce point de vue signifie toutefois adopter une acceptation limitée de l'égalité réelle et, fait plus important, à adopter une approche qui restreindrait de façon régressive le champ d'application du par. 15(1). Comme je l'ai exposé dans l'analyse relative au par. 15(1) qui précède, l'analyse contextuelle balisée fondée sur le par. 15(1) ne repose pas sur de simplistes catégorisations ou comparaisons sur la base de groupes «nantis» et groupes «démunis». Le souci des auteurs que le par. 15(2) puisse être invoqué afin de pouvoir remédier à la complexité créée par la diversité au moyen d'un continuum de désavantages et de privilèges est adéquatement pris en considération dans l'analyse relative au par. 15(1), qui a complètement intégré cette approche globale.

À cet égard, Edward M. Iacobucci a dit ce qui suit dans «Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution» (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 293, à la p. 326:

[TRADUCTION] La question qui se pose est de savoir si le paragraphe 15(2) *contribue* à l'interprétation du paragraphe 15(1), fait qui, s'il est avéré, indique que, quoique le paragraphe 15(2) ne soit pas absolument nécessaire pour établir des droits à l'égalité, il est important dans la détermination de la portée des droits à l'égalité prévus par le paragraphe 15(1). Sous cet éclairage, le paragraphe 15(2) ne crée certes pas de nouveaux droits, mais il n'est pas superflu. [En italique dans l'original.]

L'auteur poursuit en indiquant que la solution qui est préférée est la reconnaissance du par. 15(2) en tant qu'outil d'interprétation du par. 15(1), puisque l'adoption de l'approche fondée sur l'exemption emporte que les programmes de promotion sociale sont considérés comme incompatibles dans une certaine mesure avec l'objet du par. 15(1).

## 2. La corrélation entre les par. 15(1) et 15(2)

Le sens manifeste du texte de ces paragraphes est compatible avec l'opinion que le par. 15(2) joue un rôle confirmatif et complémentaire

103

104

105

respect, it is clear that the s. 15(2) phrase “does not preclude” cannot be understood as language of defence or exemption. Rather, this language indicates that the normal reading of s. 15(1) includes the kind of special program under review in this appeal. Indeed, Walter S. Tarnopolsky noted that the drafters of s. 15 added s. 15(2) out of “excessive caution”, intending to bolster the substantive equality approach in s. 15(1), since, at the time the *Charter* was being drafted, there was a worry that affirmative action programs would be over-turned on the basis of reverse discrimination (“The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 242; *Re MacVicar and Superintendent of Family & Children Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (B.C.S.C.); and Helena Orton, “Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews” (1990), 19 *Man. L.J.* 288, at p. 299). In short, s. 15(2) is referenced to the s. 15(1) subsection and there is no language of exemption; on its face s. 15(2) describes the scope of the s. 15(1) equality right (Iacobucci, *supra*, at p. 328, fn. 85).

vis-à-vis du par. 15(1). À cet égard, il est clair que l’expression «n’a pas pour effet d’interdire» figurant au par. 15(2) ne peut pas être interprétée comme énonçant une exemption ou un moyen de défense. Au contraire, cette formulation indique que l’interprétation normale du par. 15(1) inclut le genre de programme spécial en litige dans le présent pourvoi. De fait, Walter S. Tarnopolsky a souligné que les rédacteurs de l’art. 15 ont ajouté le par. 15(2) dans un souci de [TRADUCTION] «prudence excessive», en vue de renforcer l’approche fondée sur l’égalité réelle envisagée au par. 15(1), car, au moment de la rédaction de la *Charte*, on craignait que les programmes de promotion sociale soient jugés invalides pour cause de discrimination à rebours («The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *R. du B. can.* 242; *Re MacVicar and Superintendent of Family & Children Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (C.S.C.-B.); et Helena Orton, «Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews» (1990), 19 *Man. L.J.* 288, à la p. 299). En résumé, on rattache le par. 15(2) au par. 15(1) et le texte du par. 15(2) ne parle aucunement d’exemption; à première vue, le par. 15(2) décrit la portée du droit à l’égalité garanti au par. 15(1) (Iacobucci, *loc. cit.*, à la p. 328, note 85).

106

I would also note in stating that s. 15(2) acts as an interpretive aid to s. 15(1) that such an interpretation ensures the internal coherence of the *Charter* as a working statute. A similar conclusion was made in relation to the *Charter* mobility right in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157. In that case the Court was asked whether ss. 6(2)(b) and 6(3)(a) of the *Charter* were to be read together as establishing an internally qualified right, or whether s. 6(2)(b) establishes a self-contained right which was only externally qualified by s. 6(3)(a). In deciding that these provisions were interpretively interdependent, Iacobucci and Bastarache JJ. commented as follows (at para. 54):

J’affirme que le par. 15(2) est un outil servant à interpréter le par. 15(1), et je souligne qu’une telle interprétation assure la cohérence interne de la *Charte* en tant que loi d’application. Une conclusion similaire a été tirée relativement à la liberté de circulation et d’établissement prévue par la *Charte* dans l’arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157. Dans cette affaire, on demandait à notre Cour si les al. 6(2)(b) et 6(3)(a) de la *Charte* devaient être interprétés en corrélation et considérés comme établissant un droit intrinsèquement restreint ou si l’al. 6(2)(b) établissait un droit autonome assujéti aux seules limites extrinsèques établies par l’al. 6(3)(a). Estimant que ces dispositions étaient interdépendantes en matière d’interprétation, les juges Iacobucci et Bastarache ont fait les commentaires suivants (au par. 54):

In our view, using s. 6(3)(a) as an independent saving provision is redundant and potentially confusing. This Court has recognized that the mobility right articulated in s. 6(2)(b) must be read in light of the discrimination provision contained in s. 6(3)(a) or else be manifestly too broad, given the heading “Mobility Rights”. Once this interpretive interdependence is recognized, it is more coherent to read the two sections together as defining a single right, rather than one right which is externally “saved” by another. . . . The discrimination provision should be fully integrated into an understanding of the purpose and scope of the mobility right described in s. 6(2)(b). Section 6(3)(a) is not a “saving” provision in the way in which s. 6(3)(b), s. 6(4) or s. 1 of the *Charter* are, since none of these sections is essential to defining the purpose of the sections they limit. [Emphasis added.]

Finally, Drumbl and Craig, *supra*, conceded that treating s. 15(2) as an exception or defence would render s. 1 of the *Charter* redundant (at p. 122). Such an approach would be inconsistent with the overall structure of the *Charter*, and consequently it is preferable, as was the case in *Canadian Egg Marketing Agency, supra*, to recognize the interpretive interdependence of ss. 15(1) and 15(2).

In summary, at this stage of the jurisprudence, I see s. 15(2) as confirmatory of s. 15(1) and, in that respect, claimants arguing equality claims in the future should first be directed to s. 15(1) since that subsection can embrace ameliorative programs of the kind that are contemplated by s. 15(2). By doing that one can ensure that the program is subject to the full scrutiny of the discrimination analysis, as well as the possibility of a s. 1 review. However, as already stated, we may well wish to reconsider this matter at a future time in the context of another case.

À notre avis, utiliser l'al. 6(3)a en tant que disposition de sauvegarde indépendante est redondant et susceptible d'engendrer de la confusion. Notre Cour a reconnu que la liberté de circulation et d'établissement décrite à l'al. 6(2)b doit être interprétée en fonction de la disposition en matière de discrimination contenue à l'al. 6(3)a, sinon elle sera manifestement trop large, vu la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement». Une fois que l'existence de cette interdépendance en matière d'interprétation est reconnue, il est plus logique d'interpréter les deux dispositions conjointement comme définissant un seul droit, plutôt qu'un droit «sauvegardé» de façon externe par un autre droit. [. . .] La disposition en matière de discrimination devrait faire partie intégrante de l'interprétation de l'objet et de la portée de la liberté de circulation et d'établissement décrite à l'al. 6(2)b. L'alinéa 6(3)a n'est pas une disposition «de sauvegarde» au même titre que le sont l'al. 6(3)b, le par. 6(4), ou encore l'article premier de la *Charte*, étant donné qu'aucune de ces dispositions n'est indispensable pour définir l'objet des articles dont elles limitent la portée. [Je souligne.]

Enfin, Drumbl et Craig, *loc. cit.*, ont concédé que le fait de traiter le par. 15(2) comme une exception ou un moyen de défense rendrait superflu l'article premier de la *Charte* (à la p. 122). Une telle approche serait incompatible avec l'organisation globale de la *Charte*, de sorte qu'il est préférable de reconnaître l'interdépendance des par. 15(1) et 15(2) sur le plan de l'interprétation, comme notre Cour l'a fait pour les dispositions en cause dans *Office canadien de commercialisation des œufs*, précité.

En résumé, dans l'état actuel de la jurisprudence, je considère que le par. 15(2) confirme la portée du par. 15(1) et, à cet égard, les demandeurs qui présenteront dans le futur des demandes fondées sur le droit à l'égalité devraient d'abord invoquer le par. 15(1), puisque cette disposition vise les programmes améliorateurs du genre de ceux envisagés au par. 15(2). En agissant ainsi, ils s'assureraient que le programme fera l'objet de l'examen approfondi effectué dans le cadre de l'analyse relative à la discrimination, en plus d'ouvrir la possibilité d'un examen fondé sur l'article premier. Toutefois, comme il a été dit plus tôt, il est bien possible que nous désirions réexaminer cette question ultérieurement, dans le contexte d'une autre affaire.

107

108

E. *The First Nations Fund Is Intra Vires the Province's Constitutional Jurisdiction*

109 While the appellants agree that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* does not preclude provincial programs aimed at aboriginal peoples or communities, they submit that the province has strayed into the field of exclusive federal jurisdiction by defining which groups of aboriginal peoples are "First Nations" for the purposes of the casino project. In short, they argue that this approach has undermined the "Indianness" or aboriginality of non-status and Métis aboriginal communities.

110 This Court addressed the s. 91(24) federal jurisdiction in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, and, at para. 181, Lamer C.J. offered the following description of the core of that jurisdiction as it relates to the integrity of "Indianness":

... as I mentioned earlier, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application, through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on "Indianness" or the "core of Indianness" (*Dick, supra*, at pp. 326 and 315; also see *Four B, supra*, at p. 1047 and *Francis, supra*, at pp. 1028-29). The core of Indianness at the heart of s. 91(24) has been defined in both negative and positive terms. Negatively, it has been held to not include labour relations (*Four B*) and the driving of motor vehicles (*Francis*). The only positive formulation of Indianness was offered in *Dick*. Speaking for the Court, Beetz J. assumed, but did not decide, that a provincial hunting law did not apply *proprio vigore* to the members of an Indian band to hunt and because those activities were "at the centre of what they do and what they are" (at p. 320). But in *Van der Peet*, I described and defined the aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1) in a similar fashion, as protecting the occupation of land and the activities which are integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the

E. *Le Fonds des Premières nations n'outrepasse pas la compétence reconnue à la province par la Constitution*

Quoique les parties appelantes reconnaissent que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait pas obstacle aux programmes provinciaux visant les peuples et les communautés autochtones, elles soutiennent que la province a empiété sur un champ de compétence fédérale exclusive en définissant quels groupes autochtones sont des «Premières nations» pour les fins du projet de casino. Bref, elles prétendent que cette démarche a porté atteinte à l'«indianité» ou autochtonité des communautés autochtones non inscrites et des communautés métisses.

Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, notre Cour a examiné la compétence fédérale conférée par le par. 91(24) et, au par. 181, le juge en chef Lamer a décrit ainsi l'essentiel de cette compétence en ce qu'elle touche à l'intégrité de l'«indianité»:

... comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 91(24) protège l'essentiel de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d'application générale, par l'application du principe de l'exclusivité des compétences. Il a été dit que ces éléments essentiels se rapportent à des questions touchant à la «quiddité indienne» ou au «fondement même de la quiddité indienne» (*Dick*, précité, aux pp. 326 et 315; voir aussi *Four B*, précité, à la p. 1047 et *Francis*, précité, aux pp. 1028 et 1029). On a défini l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24) en disant ce qu'il est et en disant ce qu'il n'est pas. Dans des exemples de cette dernière situation, on a statué que l'essentiel de l'indianité ne comprenait pas les relations de travail (*Four B*) ni la conduite de véhicules à moteur (*Francis*). Le seul exemple concret d'indianité a été donné dans l'arrêt *Dick*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a tenu pour acquis, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'une loi provinciale en matière de chasse ne s'appliquait pas d'elle-même aux membres d'une bande indienne lorsqu'ils chassent parce que ces activités étaient «au cœur même de leur existence et de leur être» (à la p. 320). Dans *Van der Peet*, toutefois, j'ai décrit et défini les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) d'une manière analogue, c'est-à-dire comme des droits protégeant l'occupation des terres et les activités qui font partie intégrante de la culture distinctive autochtone du

right. It follows that aboriginal rights are part of the core of Indianness at the heart of s. 91(24).

In my opinion there is nothing in the casino program affecting the core of the s. 91(24) federal jurisdiction. The Ontario government is simply using the definition of band found in the federal *Indian Act*. The province has done nothing to impair the status or capacity of the appellants as aboriginal peoples. Furthermore, in *Pamajewon*, *supra*, this Court found that gambling, or the regulation of gambling activities, is not an aboriginal right. Consequently, this casino program cannot have the effect of violating the rights affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and does not approach the core of aboriginality. I agree with the Ontario Court of Appeal, therefore, that the casino program falls within the provincial spending power, and the province did not act in any way to encroach upon federal jurisdiction.

#### VII. Conclusions and Disposition

In the result, I would dismiss the appeal. In addition, I agree with the Ontario Court of Appeal that no costs should be ordered.

I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does the exclusion of the appellant aboriginal groups from the First Nations Fund, and from the negotiations on the establishment and operation of the Fund, set up pursuant to s. 15(1) of the *Ontario Casino Corporation Act, 1993*, S.O. 1993, c. 25, on the grounds that they are not aboriginal groups registered as *Indian Act* bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

groupe qui revendique le droit. Il s'ensuit que les droits ancestraux font partie de l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24).

J'estime qu'aucun aspect du programme relatif au casino ne touche à l'essentiel de la compétence conférée au fédéral par le par. 91(24). Le gouvernement de l'Ontario utilise simplement la définition de «bande» qui se trouve dans la *Loi sur les Indiens* fédérale. La province n'a d'aucune façon porté atteinte à la qualité ou à la capacité des parties appelantes en tant que peuples autochtones. En outre, dans l'arrêt *Pamajewon*, précité, notre Cour a jugé que le jeu et la réglementation des activités de jeu ne reposaient pas sur un droit ancestral. En conséquence, le programme relatif au casino ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il ne touche pas à l'essentiel de l'autochtonité. Je partage donc l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario que le programme relatif au casino relève du pouvoir de dépenser de la province et que la province n'a d'aucune manière empiété sur les compétences du fédéral.

#### VII. Conclusions et dispositif

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. En outre, je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario qu'aucune ordonnance relative aux dépens ne devrait être rendue.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1: L'exclusion des groupes autochtones appelants du Fonds des premières nations et des négociations sur l'établissement et l'exploitation du Fonds, créé conformément au par. 15(1) de la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l'Ontario*, L.O. 1993, ch. 25, pour le motif qu'ils ne sont pas des groupes autochtones inscrits comme bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

111

112

113



Question 2: If the answer to question No. 1 is yes, is the violation demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: In view of the answer to Question 1, it is not necessary to answer this question.

Question 3: Is the exclusion of the appellant aboriginal groups from the First Nations Fund of the Casino Rama Project, and from the negotiations on the establishment and operation of the Fund on the grounds that they are not aboriginal groups registered as *Indian Act* bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, *ultra vires* the power of the province under the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellants Robert Lovelace et al.: Christopher M. Reid, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association and the Ontario Métis Aboriginal Association: Sarlo O'Neill, Sault Ste. Marie.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in right of Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the respondent the Chiefs of Ontario: Michael W. Sherry, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: The Deputy Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

Question 2: Si la réponse à la question n° 1 est affirmative, s'agit-il d'une violation dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse à la Question 1, il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

Question 3: L'exclusion des groupes autochtones appelants du Fonds des premières nations du projet Casino Rama et des négociations sur l'établissement et l'exploitation du Fonds, pour le motif qu'ils ne sont pas des groupes autochtones inscrits comme bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, outrepassait-elle les pouvoirs conférés à la province par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur des appelants Robert Lovelace et autres: Christopher M. Reid, Toronto.*

*Procureurs des appelantes Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association et l'Association des Métis autochtones de l'Ontario: Sarlo O'Neill, Sault Ste. Marie.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimé les Chefs de l'Ontario: Michael W. Sherry, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Solicitors for the intervener the Mnjikaning First Nation: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Première nation de Mnjikaning: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Marc J.A. LeClair, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones: Marc J.A. LeClair, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Native Women's Association of Canada: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Métis National Council of Women: Kathleen A. Lahey, Kingston.*

*Procureur de l'intervenant le Métis National Council of Women: Kathleen A. Lahey, Kingston.*