

Her Majesty The Queen *Appellant*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

v.

c.

**Native Women's Association of Canada,
Gail Stacey-Moore and Sharon
McIvor** *Respondents*

^a **Association des femmes autochtones du
Canada, Gail Stacey-Moore et Sharon
McIvor** *Intimées*

and

^b et

**Inuit Tapirisat of Canada and Assembly of
First Nations** *Interveners*

**Inuit Tapirisat du Canada et Assemblée des
premières nations** *Intervenantes*

INDEXED AS: NATIVE WOMEN'S ASSN. OF CANADA v.
CANADA

^c RÉPERTORIÉ: ASSOC. DES FEMMES AUTOCHTONES DU
CANADA c. CANADA

File No.: 23253.

^d N° du greffe: 23253.

1994: March 4; 1994: October 27.

^e 1994: 4 mars; 1994: 27 octobre.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.

^e Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom
of expression — Federal government funding four
national aboriginal associations alleged to be male-
dominated and inviting them to participate in constitu-
tional discussions — Aboriginal women's association
not provided with equal funding and rights of participa-
tion to express its views — Whether aboriginal women's
freedom of expression infringed — Whether federal gov-
ernment obliged under ss. 2(b) and 28 of Canadian
Charter of Rights and Freedoms to provide equal fund-
ing and participation to aboriginal women's associa-
tion.*

^f *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté
d'expression — Gouvernement fédéral finançant quatre
associations autochtones nationales qui seraient à pré-
dominance masculine et les invitant à participer à des
discussions constitutionnelles — Association des
femmes autochtones ne bénéficiant pas d'un finance-
ment et de droits de participation équivalents pour
exprimer son point de vue — Y a-t-il eu violation de la
liberté d'expression des femmes autochtones? — Le
gouvernement fédéral était-il tenu en vertu des art. 2b)
et 28 de la Charte canadienne des droits et libertés
d'accorder à l'association des femmes autochtones un
financement et un droit de participation équivalents?*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Sex discrimination — Federal government
funding four national aboriginal associations alleged to
be male-dominated and inviting them to participate in
constitutional discussions — Aboriginal women's asso-
ciation not provided with equal funding and rights of
participation to express its views — Whether aboriginal
women's equality rights infringed — Canadian Charter
of Rights and Freedoms, s. 15(1).*

^j *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Gou-
vernement fédéral finançant quatre associations autoch-
tones nationales qui seraient à prédominance masculine
et les invitant à participer à des discussions constitu-
tionnelles — Association des femmes autochtones ne
bénéficiant pas d'un financement et de droits de partici-
pation équivalents pour exprimer son point de vue — Y
a-t-il eu violation des droits à l'égalité des femmes
autochtones? — Charte canadienne des droits et
libertés, art. 15(1).*

Constitutional law — Aboriginal and treaty rights — Constitutional reform — Right of Aboriginal people of Canada to participate in constitutional discussions not derived from any existing aboriginal and treaty rights protected by s. 35 of Constitution Act, 1982.

Courts — Federal Court of Appeal — Jurisdiction — Declaratory relief — Whether Federal Court of Appeal had jurisdiction to grant declaratory relief when applicants sought order of prohibition in Trial Division.

During the constitutional reform discussions which eventually led to the Charlottetown Accord, a parallel process of consultation took place within the Aboriginal community of Canada. The federal government provided \$10 million to fund participation of four national Aboriginal organizations: the Assembly of First Nations ("AFN"), the Native Council of Canada ("NCC"), the Metis National Council ("MNC") and the Inuit Tapirisat of Canada ("ITC"). The Native Women's Association of Canada ("NWAC") was specifically not included in the funding but a portion of the funds advanced was earmarked for women's issues. As a result, AFN and NCC each paid \$130,000 to NWAC and a further \$300,000 was later received directly from the federal government. The four national Aboriginal organizations were invited to participate in a multilateral process of constitutional discussions regarding the Beaudoin-Dobbie Committee Report. The purpose of these meetings was to prepare constitutional amendments that could be presented to Canada as a consensus package. NWAC was concerned that their exclusion from direct funding for constitutional matters and from direct participation in the discussions threatened the equality of Aboriginal women and, in particular, that the proposals advanced for constitutional amendment would not include the requirement that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* be made applicable to any form of Aboriginal self-government which might be negotiated. This fear was based on NWAC's perception that the national Aboriginal organizations are male-dominated so that there was little likelihood that the male majority would adopt the pro-*Charter* view of NWAC. In response to a letter from NWAC, the Minister responsible for Constitutional Affairs indicated that the national organizations represent both men and women and encouraged NWAC to work within the Aboriginal communities to ensure their views are heard and represented. Despite the fact that they participated in the parallel process set up by the four national Aboriginal organizations, NWAC remained fearful that they would

Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Réforme de la Constitution — Droit des peuples autochtones du Canada de participer aux discussions sur la Constitution ne découlant d'aucun droit existant, ancestral ou issu de traités, protégé par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Tribunaux — Cour d'appel fédérale — Compétence — Jugement déclaratoire — La Cour d'appel fédérale avait-elle compétence pour prononcer un jugement déclaratoire alors que les requérantes avaient demandé une ordonnance de prohibition à la Section de première instance?

Durant les discussions sur la réforme de la Constitution qui ont abouti à la signature de l'Accord de Charlottetown, on a tenu des consultations parallèles au sein de la communauté autochtone du Canada. Le gouvernement fédéral a versé 10 millions de dollars en vue de financer la participation de quatre organismes autochtones nationaux: l'Assemblée des premières nations («APN»), le Conseil national des autochtones du Canada («CNAC»), le Ralliement national des Métis («RNM») et l'Inuit Tapirisat du Canada («ITC»). L'Association des femmes autochtones du Canada («AFAC») n'était pas incluse expressément dans le financement, mais une partie des sommes versées était consacrée aux questions touchant les femmes. En conséquence, l'APN et le CNAC ont versé chacun 130 000 \$ à l'AFAC, et cette dernière a plus tard reçu une somme supplémentaire de 300 000 \$ directement du gouvernement fédéral. Les quatre organismes autochtones nationaux ont été invités à participer à des discussions constitutionnelles multilatérales sur le Rapport du comité Beaudoin-Dobbie. Ces réunions avaient pour but de rédiger des modifications constitutionnelles qui pourraient être présentées au Canada comme un ensemble sur lequel on s'entendait. L'AFAC craignait que son exclusion du financement direct à des fins constitutionnelles et de la participation directe aux discussions ne compromette l'égalité des femmes autochtones et, notamment, que les propositions avancées pour modifier la Constitution ne comportent pas l'exigence que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à toute forme d'autonomie gouvernementale autochtone qui pourrait être négociée. Cette crainte de l'AFAC découlait du fait que, selon elle, les organismes autochtones nationaux étaient à prédominance masculine de sorte qu'il y avait peu de chances que la majorité masculine adopte le point de vue de l'AFAC, qui était favorable à la *Charte*. En réponse à une lettre de l'AFAC, le ministre responsable des Affaires constitutionnelles a indiqué que les associations nationales représentaient les personnes des deux sexes et il a encouragé l'AFAC à travailler au sein des

be unsuccessful at putting forward their pro-*Charter* view and commenced proceedings in the Federal Court, Trial Division against the federal government, seeking an order of prohibition to prevent any further disbursements of funds to the four Aboriginal organizations until NWAC was provided with equal funding as well as the right to participate in the constitutional review process on the same terms as the four recipient groups. NWAC alleged that by funding male-dominated groups and failing to provide them with equal funding, the federal government violated their freedom of expression and right to equality. The application was dismissed by the Trial Division. The Federal Court of Appeal also refused to issue an order of prohibition. It made a declaration, however, that the federal government had restricted the freedom of expression of Aboriginal women in a manner that violated ss. 2(b) and 28 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed and the declaration made by the Federal Court of Appeal should be set aside.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J.: Although NWAC merely sought an order of prohibition at the Trial Division, the Federal Court of Appeal had jurisdiction in the circumstances to make a declaration. It cannot be said that the appellant was taken by surprise or prejudiced in any way since the declaration granted hinged on the violation of *Charter* rights that was specifically argued at the Trial Division. The inclusion of a "basket clause" requesting "such other relief as to this Honourable Court may seem just" in the prayer for relief permits a court to exercise its discretion to grant a declaration even though it was not specifically pleaded. Moreover, s. 18.1 of the *Federal Court Act* now provides for a uniform procedure of an application for judicial review in order to obtain the remedies available in s. 18 of that Act.

The federal government's decision not to provide equal funding and participation in the constitutional discussions to NWAC did not violate their rights under ss. 2(b) and 28 of the *Charter*, since s. 2(b) does not gener-

collectivités autochtones pour s'assurer que ses opinions soient entendues et transmises. Bien que l'AFAC ait participé aux discussions parallèles organisées par les quatre organismes autochtones nationaux, elle a continué de craindre d'être incapable d'exprimer son opinion favorable à la *Charte* et a présenté, devant la Section de première instance de la Cour fédérale, une demande contre le gouvernement fédéral en vue d'obtenir une ordonnance de prohibition empêchant les quatre organismes autochtones de toucher d'autres sommes jusqu'à ce que l'AFAC ait obtenu des subventions équivalentes ainsi que le droit de participer au processus de révision de la Constitution aux mêmes conditions que les quatre groupes bénéficiaires. L'AFAC a allégué qu'en subventionnant des groupes à prédominance masculine et en ne lui accordant pas des subventions équivalentes, le gouvernement fédéral a violé sa liberté d'expression et son droit à l'égalité. La Section de première instance a rejeté la demande. La Cour d'appel fédérale a également refusé de rendre une ordonnance de prohibition. Cependant, elle a prononcé un jugement déclarant que le gouvernement fédéral avait restreint la liberté d'expression des femmes autochtones d'une façon contraire à l'al. 2b) et à l'art. 28 de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le jugement déclaratoire prononcé par la Cour d'appel fédérale est annulé.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Même si l'AFAC a simplement demandé une ordonnance de prohibition à la Section de première instance, la Cour d'appel fédérale avait, dans les circonstances, compétence pour rendre un jugement déclaratoire. On ne peut pas dire que l'appelante a été prise au dépourvu ou a subi un préjudice quelconque, puisque le jugement déclaratoire prononcé était fondé sur la violation des droits garantis par la *Charte* qui avait été alléguée expressément devant la Section de première instance. L'inclusion, dans une demande de réparation, d'une «clause omnibus» sollicitant «toute autre réparation que la cour peut estimer juste» permet à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire même si cela n'a pas été soulevé précisément dans les plaidoiries. De plus, l'art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* prescrit désormais une procédure uniforme de demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir les redressements prévus à l'art. 18 de cette loi.

La décision du gouvernement fédéral de ne pas accorder à l'AFAC un financement égal et un droit de participation équivalent aux discussions sur la Constitution ne violait pas les droits que lui garantissaient l'al. 2b) et

ally guarantee any particular means of expression or place a positive obligation upon the government to fund or consult anyone. Even assuming that in certain extreme circumstances, the provision of a platform of expression to one group may infringe the expression of another and thereby require the government to provide an equal opportunity for the expression of that group, nothing in this case suggests that the funding or consultation of the four Aboriginal groups infringed NWAC's equal right of freedom of expression. NWAC had many opportunities to express their views both directly to the government, through the Beaudoin-Dobbie Commission, and through the four Aboriginal representative organizations. No evidence supports the contention that the funded groups were less representative of the viewpoint of women with respect to the *Charter* or that the funded groups advocate a male-dominated form of self-government. Nor was there any evidence with respect to the level of support of NWAC by women as compared to the funded groups. The four Aboriginal groups invited to discuss possible constitutional amendments are all *bona fide* national representatives of Aboriginal people in Canada and, based on the facts in this case, there was no requirement under s. 2(b) of the *Charter* to also extend an invitation and funding directly to NWAC.

The refusal to fund NWAC and to invite them to be equal participants at the round of constitutional discussions does not violate their rights under s. 15(1) of the *Charter*. The lack of an evidentiary basis for the arguments with respect to ss. 2(b) and 28 is equally applicable to any arguments advanced under s. 15(1).

The right of the Aboriginal people of Canada to participate in constitutional discussions does not derive from any existing Aboriginal or treaty right protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Therefore, s. 35(4), which guarantees Aboriginal and treaty rights referred to in s. 35(1) equally to male and female persons, has no application in this case.

Per L'Heureux-Dubé J.: Although general agreement with Sopinka J.'s reasons was expressed, the outcome of this case should not be interpreted as limiting *Haig*. *Haig* does not establish the principle that generally the government is under no obligation to fund or provide a specific platform of expression to an individual or a

l'art. 28 de la *Charte*, puisqu'en général l'al. 2b) ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de financer ou de consulter quiconque. Même en supposant que, dans certaines circonstances extrêmes, le fait d'offrir à un certain groupe une tribune pour favoriser l'expression puisse porter atteinte à la liberté d'expression d'un autre groupe et imposer, en conséquence, au gouvernement l'obligation de fournir à cet autre groupe une chance équivalente de s'exprimer, rien ne porte à croire, en l'espèce, que le financement ou la consultation des quatre groupes autochtones violait le droit de l'AFAC à une liberté égale d'expression. L'AFAC a eu de nombreuses occasions de faire connaître son point de vue tant directement au gouvernement, grâce au comité Beaudoin-Dobbie, que par l'intermédiaire des quatre organismes représentant les autochtones. Aucun élément de preuve ne vient étayer la prétention que les groupes subventionnés étaient moins représentatifs du point de vue des femmes sur la *Charte* ou que les groupes subventionnés préconisent une forme de gouvernement autonome à prédominance masculine. Il n'y avait non plus aucun élément de preuve concernant l'appui que l'AFAC recevait des femmes comparativement aux groupes subventionnés. Les quatre groupes autochtones invités à discuter de modifications constitutionnelles éventuelles étaient tous des représentants nationaux de bonne foi des autochtones du Canada et, d'après les faits de la présente affaire, il n'y avait aucune obligation, en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*, de lancer également une invitation à l'AFAC et de la financer directement.

Le refus de financer l'AFAC et de l'inviter à participer également aux discussions constitutionnelles ne viole pas les droits que lui garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Il n'y a pas davantage de preuve à l'appui des arguments fondés sur le par. 15(1) qu'il n'en existe à l'égard de ceux fondés sur l'al. 2b) et l'art. 28.

Le droit des peuples autochtones du Canada de participer aux discussions sur la Constitution ne découle d'aucun droit existant — ancestral ou issu de traités — protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Par conséquent, le par. 35(4), qui garantit également aux personnes des deux sexes les droits existants — ancestraux et issus de traités — visés au par. 35(1), ne s'applique pas en l'espèce.

Le juge L'Heureux-Dubé: Même si, de façon générale, les motifs du juge Sopinka sont acceptés, l'issue de l'affaire ne devrait pas être interprétée comme limitant l'arrêt *Haig*. Ce dernier arrêt n'établit pas le principe selon lequel le gouvernement n'est pas tenu, en général, de verser des fonds à un individu ou à un groupe, ni de

group. Rather, it stands for the proposition that, while s. 2(b) of the *Charter* does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion. The circumstances in which a government may be held to a positive obligation in terms of providing a specific platform of expression depend on the nature of the evidence presented by the parties. Here, the evidence demonstrates that the NWAC was not prevented from expressing its views and therefore, on its facts, this case does not give rise to a positive obligation analogous to the type referred to in *Haig* since not providing NWAC with the funding and constitutional voice requested did not amount to a breach of its freedom of expression.

Per McLachlin J.: The freedom of governments to choose and fund their advisors on matters of policy is not constrained by the *Charter*. It is unnecessary to determine whether the evidence was capable of demonstrating a violation of NWAC's rights under s. 2(b) or s. 15 of the *Charter*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Loudon v. Ryder (No. 2)*, [1953] Ch. 423; *R. v. Bales, Ex parte Meaford General Hospital*, [1971] 2 O.R. 305; *Meisner v. Mason*, [1931] 2 D.L.R. 156; *Harrison-Broadley v. Smith*, [1964] 1 All E.R. 867; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories (1983)*, 144 D.L.R. (3d) 467, aff'd (1983), 8 D.L.R. (4th) 230, leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. v; *Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410.

leur fournir une tribune précise pour favoriser l'expression. Il énonce plutôt que, même si l'al. 2b) de la *Charte* ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, le gouvernement qui choisit d'en fournir un doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination. Les situations factuelles dans lesquelles un gouvernement peut être tenu à une obligation positive de fournir une tribune spécifique sont tributaires de la nature de la preuve présentée par les parties. En l'espèce, la preuve démontre que l'AFAC n'a pas été empêchée d'exprimer ses vues et, par conséquent, à la lumière de ses faits, cette affaire ne donne pas lieu à une obligation positive analogue à celle dont il est question dans l'affaire *Haig*, car le fait de ne pas avoir fourni à l'AFAC le financement et le droit de parole constitutionnel demandés n'a pas porté atteinte à sa liberté d'expression.

Le juge McLachlin: La *Charte* ne restreint pas la liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale. Il est inutile de déterminer si la preuve était susceptible d'établir l'existence d'une violation des droits garantis à l'AFAC par l'al. 2b) ou l'art. 15 de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; **arrêts mentionnés:** *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Loudon c. Ryder (No. 2)*, [1953] Ch. 423; *R. c. Bales, Ex parte Meaford General Hospital*, [1971] 2 O.R. 305; *Meisner c. Mason*, [1931] 2 D.L.R. 156; *Harrison-Broadley c. Smith*, [1964] 1 All E.R. 867; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories (1983)*, 144 D.L.R. (3d) 467, conf. par (1983), 8 D.L.R. (4th) 230, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. v; *Minnesota State Board for Community Colleges c. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410.

By L'Heureux-Dubé J.

Discussed: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; **referred to:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

By McLachlin J.

Applied: *Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); **distinguished:** *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 15(1), 28.

Constitution Act, 1982, ss. 35(1), (4) [ad. SI/84-102], 37 [now repealed], 37.1 [ad. SI/84-102 & now repealed].

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7 [am. 1990, c. 8], ss. 2(1) "Federal board, commission or other tribunal", (2), 18(1), (3), 18.1(1), (3), (4)(f), 52(a), (b).

Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, r. 1723.

Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6 [now R.S.C., 1985, c. I-5], s. 12(1)(b).

Authors Cited

Canada. *Shaping Canada's Future Together — Proposals*. Ottawa: Government of Canada, 1991.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 58, September 20, 1982, p. 58:14.

Canada. Parliament. Special Joint Committee on a Renewed Canada. *Report of the Special Joint Committee on a Renewed Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1992.

Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1994*. Toronto: Carswell, 1994.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 192, 146 N.R. 40, 95 D.L.R. (4th) 106, [1992] 4 C.N.L.R. 71, 10 C.R.R. (2d) 268, allowing respondents' appeal from a judgment of the Trial Division, [1992] 2 F.C. 462, 53 F.T.R. 194, 90 D.L.R. (4th) 394, [1992] 4 C.N.L.R. 59, dismissing their application for prohibition. Appeal allowed.

Graham Garton, Q.C., for the appellant.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt analysé: *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; **arrêt mentionné:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *Minnesota State Board for Community Colleges c. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); **distinction d'avec l'arrêt:** *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 15(1), 28.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), (4) [aj. TR/84-102], 37 [maintenant abrogé], 37.1 [aj. TR/84-102 & maintenant abrogé].

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. 1990, ch. 8], art. 2(1) «office fédéral», (2), 18(1), (3), 18.1(1), (3), (4)f), 52a), b).

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6 [maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5], art. 12(1)b).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, r. 1723.

Doctrine citée

Canada. *Bâtir ensemble l'avenir du Canada — Propositions*. Ottawa: Gouvernement du Canada, 1991.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des Affaires indiennes et du développement du Nord canadien. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 58, 20 septembre 1982, p. 58:14.

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada. *Rapport du comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1992.

Sgayias, David, et al. *Federal Court Practice 1994*. Toronto: Carswell, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1992] 3 C.F. 192, 146 N.R. 40, 95 D.L.R. (4th) 106, [1992] 4 C.N.L.R. 71, 10 C.R.R. (2d) 268, qui a accueilli l'appel des intimées contre un jugement de la Section de première instance, [1992] 2 C.F. 462, 53 F.T.R. 194, 90 D.L.R. (4th) 394, [1992] 4 C.N.L.R. 59, qui avait rejeté leur demande d'ordonnance de prohibition. Pourvoi accueilli.

Graham Garton, c.r., pour l'appelante.

Mary Eberts and Julia L. Deans, for the respondents.

Brian A. Crane, Q.C., for the intervener the Inuit Tapirisat of Canada.

Peter K. Doody and John Briggs, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

SOPINKA J. — This case raises the issue of the extent to which the freedom of expression and equality provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* require that government funding be provided to various groups in order to promote the representation of certain interests at constitutional reform discussions. Specifically, where the Government of Canada provides funding to certain Aboriginal groups, alleged to be male-dominated, does s. 2(b) in combination with s. 28 of the *Charter* oblige the Government of Canada to provide equal funding to an association claiming to represent the interests of female Aboriginal persons so that they may also express their views at the constitutional discussions? Alternatively, is this result mandated by s. 15 of the *Charter* or s. 35 of the *Constitution Act, 1982*? This case also invites consideration of whether there is any violation of the *Charter* if the Government of Canada refuses to extend an invitation to a group representing the interests of Aboriginal women to come to the table to discuss possible constitutional reform.

Subsidiary issues are also raised concerning the justiciability of the *Charter* matters as well as the jurisdiction of the Federal Court of Appeal to grant the remedy of a declaration when it was not specifically requested at the Trial Division.

Following a review of the facts, I will briefly analyze the issue of the jurisdiction of the Federal Court of Appeal. I will next embark on a discussion of the main focus of this appeal regarding the

Mary Eberts et Julia L. Deans, pour les intimées.

Brian A. Crane, c.r., pour l'intervenante l'Inuit Tapirisat du Canada.

Peter K. Doody et John Briggs, pour l'intervenante l'Assemblée des premières nations.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir dans quelle mesure les dispositions sur la liberté d'expression et les droits à l'égalité de la *Charte canadienne des droits et libertés* exigent que le gouvernement subventionne divers groupes afin de promouvoir la représentation de certains intérêts lors des discussions sur la réforme de la Constitution. Plus précisément, lorsque le gouvernement du Canada subventionne certains groupes autochtones, qui seraient à prédominance masculine, l'al. 2b), conjugué à l'art. 28 de la *Charte*, l'oblige-t-il à verser des sommes équivalentes à une association qui prétend représenter les intérêts des femmes autochtones afin qu'elle puisse aussi exprimer son opinion lors des discussions sur la Constitution? Subsidiairement, ce résultat est-il prescrit par l'art. 15 de la *Charte* ou l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Nous sommes également invités, en l'espèce, à examiner s'il y a violation de la *Charte* lorsque le gouvernement du Canada refuse d'inviter un groupe représentant les intérêts des femmes autochtones à venir discuter de la possibilité de réformer la Constitution.

Des questions subsidiaires sont également soulevées concernant la justiciabilité des questions relatives à la *Charte* et la compétence de la Cour d'appel fédérale pour prononcer un jugement déclaratoire qui n'a pas été demandé expressément devant la Section de première instance.

Après avoir examiné les faits, j'analyserai brièvement la question de la compétence de la Cour d'appel fédérale. J'entamerai ensuite l'étude de l'objet principal du présent pourvoi, soit les préten-

alleged violations of the *Charter*. In light of my conclusion that there was no *Charter* violation in this case, it will be unnecessary to address the issue concerning justiciability. Therefore, for the purposes of this appeal, I will assume that the matters raised herein are justiciable.

I. Facts

The respondent Gail Stacey-Moore is the chief elected officer of the respondent Native Women's Association of Canada ("NWAC"). In 1990, she was elected National Speaker of NWAC. The respondent Sharon Donna McIvor was elected as the executive member for the West Region of NWAC in 1988. She was also the NWAC representative to the Assembly of First Nations Constitutional Commission which participated in the Canada Round of constitutional discussions. Both individuals have been actively involved in advancing the rights of Aboriginal women across Canada.

This case arises in the context of the constitutional discussions known as the Canada Round which eventually led to the completion of the Charlottetown Accord. On September 24, 1991, the Government of Canada set out 28 proposals for constitutional reform in a document entitled *Shaping Canada's Future Together — Proposals*. One proposal was to amend the Constitution to entrench a general justiciable right to Aboriginal self-government. A Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons (the "Beaudoin-Dobbie Committee") was appointed to inquire into and make recommendations to Parliament regarding the above proposals.

During this time, it was decided that a parallel process of consultation should take place within the Aboriginal community of Canada. The Government of Canada provided funding to four national Aboriginal organizations: the Assembly of First Nations ("AFN"), the Native Council of Canada ("NCC"), the Metis National Council ("MNC") and the Inuit Tapirisat of Canada

dues violations de la *Charte*. Compte tenu de ma conclusion qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte* en l'espèce, il ne sera pas nécessaire d'aborder la question de la justiciabilité. Par conséquent, aux fins du présent pourvoi, je vais présumer que les questions soulevées sont justiciables des tribunaux.

I. Les faits

L'intimée Gail Stacey-Moore est la directrice générale élue de l'intimée, l'Association des femmes autochtones du Canada («AFAC»). En 1990, elle a été élue conférencière nationale de l'AFAC. L'intimée Sharon Donna McIvor a été élue en 1988 membre du bureau de l'AFAC pour la région de l'Ouest. Elle était également la représentante de l'AFAC à la Commission de l'Assemblée des premières nations sur la Constitution qui a participé au «Canada Round» des discussions sur la Constitution. Ces deux personnes ont participé activement à la promotion des droits des femmes autochtones partout au pays.

La présente affaire a pris naissance dans le cadre des discussions sur la Constitution connues sous le nom de «Canada Round», qui ont abouti à la signature de l'Accord de Charlottetown. Le 24 septembre 1991, le gouvernement du Canada a formulé 28 propositions en vue d'une réforme de la Constitution dans un document intitulé *Bâtir ensemble l'avenir du Canada — Propositions*. L'une d'elles était de modifier la Constitution de manière à consacrer un droit général à l'autonomie gouvernementale autochtone qui pourrait être invoqué devant les tribunaux. Un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes (le «comité Beaudoin-Dobbie») a été constitué pour faire enquête et présenter des recommandations au Parlement relativement aux propositions susmentionnées.

Pendant ce temps, il a été décidé de tenir des consultations parallèles au sein de la communauté autochtone du Canada. Le gouvernement du Canada a versé des sommes d'argent à quatre organismes autochtones nationaux: l'Assemblée des premières nations («APN»), le Conseil national des autochtones du Canada («CNAC»), le Ralliement national des Métis («RNM») et l'Inuit Tapiri-

(“ITC”). The Government entered into Contribution Agreements with each of the four Aboriginal organizations in order to provide \$10 million to fund participation through the Aboriginal Constitutional Review Program of the Department of the Secretary of State.

NWAC was not specifically included in the Government of Canada funding. However, pursuant to the Contribution Agreements, it was required that part of the \$10 million in funding be earmarked for women’s issues. As a result, AFN and NCC each paid \$130,000 to the respondent NWAC. A further \$300,000 was later received by NWAC directly from the Government of Canada under a separate Contribution Agreement entered into on February 4, 1992, in order to fund a study of the *Charter*. The entire funding received by NWAC amounted to 5 per cent of the total funding received by Aboriginal groups for constitutional purposes. The Secretary of State also contributed approximately \$457,000 per year to NWAC for the purpose of “core funding” of its operations, although none of this money covered constitutional matters.

On March 12, 1992, the Minister Responsible for Constitutional Affairs announced that representatives of the four national Aboriginal organizations (AFN, NCC, ITC and MNC) were invited to participate in a multilateral process of constitutional discussions regarding the Beaudoin-Dobbie Committee Report. The purpose of these meetings was to prepare constitutional amendments that could be presented to Canada as a consensus package. NWAC was not invited to participate in these meetings which took place subsequent to March 12, 1992.

NWAC was concerned that their exclusion from direct funding for constitutional matters and from direct participation in the discussions threatened the equality of Aboriginal women. In particular, NWAC was concerned that the proposals advanced for constitutional amendment would not include the requirement that the *Charter* be made applica-

sat du Canada («ITC»). Le gouvernement a conclu des accords de contribution avec chacun des quatre organismes autochtones pour le versement de 10 millions de dollars qui serviraient à financer leur participation au moyen du Programme de révision des affaires constitutionnelles des autochtones du Secrétariat d’État.

L’AFAC n’était pas incluse expressément parmi les bénéficiaires des sommes versées par le gouvernement du Canada. Toutefois, conformément aux accords de contribution, il était nécessaire qu’une partie des 10 millions de dollars versés soit consacrée aux questions touchant les femmes. En conséquence, l’APN et le CNAC ont versé chacun 130 000 \$ à l’AFAC intimée. Cette dernière a plus tard reçu une somme supplémentaire de 300 000 \$ directement du gouvernement du Canada aux termes d’un accord de contribution distinct conclu, le 4 février 1992, en vue de financer une étude de la *Charte*. L’ensemble des sommes reçues par l’AFAC équivalait à 5 pour cent des subventions totales reçues par les groupes autochtones à des fins constitutionnelles. Le Secrétariat d’État a également remis environ 457 000 \$ par année à l’AFAC pour le «financement de base» de ses opérations, sans qu’une partie de cette somme ne soit consacrée à des fins constitutionnelles.

Le 12 mars 1992, le ministre responsable des Affaires constitutionnelles a annoncé que les représentants des quatre organismes autochtones nationaux (l’APN, le CNAC, l’ITC et le RNM) étaient invités à participer à des discussions constitutionnelles multilatérales sur le Rapport du comité Beaudoin-Dobbie. Ces réunions avaient pour but de rédiger des modifications constitutionnelles qui pourraient être présentées au Canada comme un ensemble sur lequel on s’entendait. L’AFAC n’a pas été invitée à participer à ces réunions tenues après le 12 mars 1992.

L’AFAC craignait que son exclusion du financement direct à des fins constitutionnelles et de la participation directe aux discussions ne compromette l’égalité des femmes autochtones. Elle craignait notamment que les propositions avancées pour modifier la Constitution ne comportent pas l’exigence que la *Charte* s’applique à toute forme

ble to any form of Aboriginal self-government which might be negotiated. This fear was based on NWAC's perception that the national Aboriginal organizations, and in particular the AFN, are male-dominated so that there was little likelihood that the male majority would adopt the pro-*Charter* view of NWAC.

As a result, in a letter written February 12, 1992 to the Right Honourable Joe Clark, Minister Responsible for Constitutional Affairs, NWAC made a request for funding and participation equal to the other four national Aboriginal organizations. On March 2, 1992, the Minister responded that the national associations represent both men and women and he encouraged NWAC to work within the Aboriginal communities to ensure its views are heard and represented. The Minister also noted that, in recognition of the need for funding, the Contribution Agreements required that the national organizations specifically direct portions of their funding to Aboriginal women's issues. Furthermore, he stated that the concerns of NWAC would not be rectified through the addition of another seat to the constitutional table.

Despite the fact that NWAC participated in the parallel process set up by the four national Aboriginal organizations, as demonstrated by the letter of February 12, 1992 to the Right Honourable Joe Clark, NWAC remained fearful that it would be unsuccessful at putting forward its view that the *Charter* must apply to any form of Aboriginal self-government. Primarily, NWAC was worried that AFN would strongly contest the application of the *Charter* to Aboriginal self-government.

On March 18, 1992, NWAC commenced proceedings in the Federal Court, Trial Division against the Government of Canada, seeking an order of prohibition to prevent any further disbursements of funds to the four Aboriginal organizations, under the 1991 Contribution Agreements until NWAC was provided with equal funding as well as the right to participate in the constitutional review process on the same terms as the four recip-

d'autonomie gouvernementale autochtone qui pourrait être négociée. Cette crainte de l'AFAC découlait du fait que, selon elle, les organismes autochtones nationaux, dont l'APN, étaient à prédominance masculine de sorte qu'il y avait peu de chances que la majorité masculine adopte le point de vue de l'AFAC, qui était favorable à la *Charte*.

En conséquence, dans une lettre adressée, le 12 février 1992, au très honorable Joe Clark, ministre responsable des Affaires constitutionnelles, l'AFAC a présenté une demande de subventions et de participation égales à celles des quatre autres organismes autochtones nationaux. Le 2 mars 1992, le Ministre a répondu que les associations nationales représentaient les personnes des deux sexes et qu'il encourageait l'AFAC à travailler au sein des collectivités autochtones pour s'assurer que ses opinions soient entendues et transmises. Le Ministre a également fait remarquer qu'en reconnaissance du besoin de subventions les accords de contribution exigeaient que les organismes nationaux consacrent expressément une partie des sommes reçues aux questions concernant les femmes autochtones. De plus, il a déclaré que l'ajout d'un autre siège à la table des discussions constitutionnelles ne dissiperait pas les craintes de l'AFAC.

Bien que l'AFAC ait participé aux discussions parallèles organisées par les quatre organismes autochtones nationaux, comme l'indique la lettre du 12 février 1992 au très honorable Joe Clark, elle a continué de craindre d'être incapable d'exprimer son opinion que la *Charte* doit s'appliquer à toute forme d'autonomie gouvernementale autochtone. Essentiellement, l'AFAC craignait que l'APN conteste fortement l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes.

Le 18 mars 1992, l'AFAC a intenté, devant la Section de première instance de la Cour fédérale, une action contre le gouvernement du Canada en vue d'obtenir une ordonnance de prohibition empêchant les quatre organismes autochtones de toucher d'autres sommes aux termes des accords de contribution de 1991, jusqu'à ce que l'AFAC ait obtenu des subventions équivalentes ainsi que le droit de participer au processus de révision de la

ient groups. ITC, MNC and NCC intervened in the proceedings. AFN did not intervene until the appeal to this Court.

The substance of the complaint is that by financing the four recipient Aboriginal groups with respect to the constitutional renewal discussions, the Government of Canada assisted the propagation of the view that the *Charter* should not apply to Aboriginal self-government. The respondents allege that by funding male-dominated groups and failing to provide equal funding to NWAC, the Government of Canada violated their freedom of expression and right to equality. The respondents' application was dismissed by the Federal Court, Trial Division: [1992] 2 F.C. 462, 53 F.T.R. 194, 90 D.L.R. (4th) 394, [1992] 4 C.N.L.R. 59. The Federal Court of Appeal also refused to issue an order of prohibition. However, the court made a declaration that the Government of Canada restricted the freedom of expression of Aboriginal women in a manner that violated ss. 2(b) and 28 of the *Charter*: [1992] 3 F.C. 192, 146 N.R. 40, 95 D.L.R. (4th) 106, [1992] 4 C.N.L.R. 71, 10 C.R.R. (2d) 268.

II. Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms: ^g

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; ^h

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. ⁱ

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

Constitution aux mêmes conditions que les quatre groupes bénéficiaires. L'ITC, le RNM et le CNAC sont intervenus dans l'instance. L'APN n'est intervenue que dans le pourvoi devant notre Cour.

^a

On se plaint essentiellement du fait qu'en accordant, aux quatre groupes autochtones bénéficiaires, des subventions pour les discussions sur le renouvellement de la Constitution, le gouvernement du Canada a aidé à propager l'idée que la *Charte* ne devrait pas s'appliquer aux gouvernements autochtones autonomes. Les intimées allèguent qu'en subventionnant des groupes à prédominance masculine et en n'accordant pas des subventions équivalentes à l'AFAC, le gouvernement du Canada a violé leur liberté d'expression et leur droit à l'égalité. La Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande des intimées: [1992] 2 C.F. 462, 53 F.T.R. 194, 90 D.L.R. (4th) 394, [1992] 4 C.N.L.R. 59. La Cour d'appel fédérale a également refusé de rendre une ordonnance de prohibition. Cependant, elle a prononcé un jugement déclarant que le gouvernement du Canada a restreint la liberté d'expression des femmes autochtones d'une façon contraire à l'al. 2b) et à l'art. 28 de la *Charte*: [1992] 3 C.F. 192, 146 N.R. 40, 95 D.L.R. (4th) 106, [1992] 4 C.N.L.R. 71, 10 C.R.R. (2d) 268. ^f

II. Les dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

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.

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

Constitution Act, 1982

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

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

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8)

2. (1) In this Act,

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

(2) For greater certainty, the expression “federal board, commission or other tribunal” as defined in subsection (1) does not include the Senate, the House of Commons or any committee or member of either House.

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

Loi constitutionnelle de 1982

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

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

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8)

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

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

(2) Il est entendu que sont également exclus de la définition d'«office fédéral» le Sénat et la Chambre des communes ou tout comité ou membre de l'une ou l'autre chambre.

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

(4) The Trial Division may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(f) acted in any other way that was contrary to law.

52. The Federal Court of Appeal may

(a) quash proceedings in cases brought before it in which it has no jurisdiction or whenever those proceedings are not taken in good faith;

(b) in the case of an appeal from the Trial Division,

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Trial Division should have given or awarded,

(ii) in its discretion, order a new trial, if the ends of justice seem to require it, or

(iii) make a declaration as to the conclusions that the Trial Division should have reached on the issues decided by it and refer the matter back for a continuance of the trial on the issues that remain to be determined in the light of that declaration;

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises par la Section de première instance si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas:

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

52. La Cour d'appel peut:

a) arrêter les procédures dans les causes qui ne sont pas de son ressort ou entachées de mauvaise foi;

b) dans le cas d'un appel d'une décision de la Section de première instance:

(i) soit rejeter l'appel ou rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre et prendre toutes mesures d'exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

(ii) soit, à son appréciation, ordonner un nouveau procès, si l'intérêt de la justice paraît l'exiger,

(iii) soit énoncer, dans une déclaration, les conclusions auxquelles la Section de première instance aurait dû arriver sur les points qu'elle a tranchés et lui renvoyer l'affaire pour poursuite de l'instruction, à la lumière de cette déclaration, sur les points en suspens.

III. Judgments Below

Federal Court, Trial Division, [1992] 2 F.C. 462

Walsh D.J. framed the issue as whether the unequal disbursement of funds constituted a violation of the *Charter*. Walsh D.J. also considered whether the court has the jurisdiction to order prohibition against a discretionary administrative decision relating to the disbursement of government funds and if so, whether it should make such an order in the circumstances. Walsh D.J. noted that the application was made on a *quia timet* basis as NWAC sought to attack the disbursement of funding that would assist arguments which might lead to a particular recommendation regarding a constitutional amendment. NCC, MNC and ITC were allowed to intervene since they were in a position to provide factual information of use to the court in deciding the matter.

Walsh D.J. found that, without in any way attempting to predict the outcome of the constitutional discussions, it was clear that the issue of the maintenance of the *Charter* would be discussed and supported by at least some of the Aboriginal participants as well as the Government of Canada. It was accepted that NWAC received a disproportionate amount of the funding made available to the four Aboriginal organizations.

Walsh D.J. held that NWAC has had and will continue to have many opportunities to express its views to the political authorities, to the public and to the groups which will participate in the constitutional conference, some of whom share NWAC's views on the *Charter*. Thus, it could not be said that NWAC was being deprived of the right to freedom of speech. It would paralyze the process to hold that the freedom of expression encompassed a right for everyone to be present at the discussion table.

With respect to discrimination under s. 15(1) of the *Charter*, it was held that the disproportionate funding did not result from the fact that the respon-

III. Les juridictions inférieures

Cour fédérale, Section de première instance, [1992] 2 C.F. 462

Le juge suppléant Walsh s'est demandé si le partage inégal des fonds constituait une violation de la *Charte*. Il s'est également demandé si la cour avait le pouvoir de rendre une ordonnance de prohibition contre une décision discrétionnaire de nature administrative concernant le déboursement de deniers publics et, dans l'affirmative, si elle devait rendre une telle ordonnance dans les circonstances. Le juge Walsh a fait observer que la demande était présentée à titre préventif, car l'AFAC voulait contester le déboursement de fonds qui favoriserait des arguments pouvant mener à une recommandation particulière au sujet d'une modification constitutionnelle. Le CNAC, le RNM et l'ITC ont reçu l'autorisation d'intervenir puisqu'ils étaient en mesure de fournir des renseignements factuels susceptibles d'aider la cour à se prononcer sur la question.

Le juge Walsh a conclu que, sans essayer en aucune façon de prédire l'issue des discussions sur la Constitution, il était clair que la question du maintien de la *Charte* serait discutée et appuyée par au moins quelques-uns des participants autochtones ainsi que par le gouvernement du Canada. Il a été admis que l'AFAC avait reçu une part disproportionnée des fonds mis à la disposition des quatre organismes autochtones.

Le juge Walsh a estimé que l'AFAC avait eu et continuerait d'avoir de nombreuses occasions de faire connaître ses opinions aux autorités politiques, au public et aux groupes qui participeraient à la conférence constitutionnelle, dont certains partagent son point de vue sur la *Charte*. Ainsi, on ne pourrait pas dire que l'AFAC a été privée de son droit à la liberté de parole. Tout le processus serait paralysé si on concluait que la liberté d'expression comprenait le droit de chacun d'être présent à la table des discussions.

Quant à la discrimination contraire au par. 15(1) de la *Charte*, il a été jugé que le financement disproportionné n'était pas dû au fait que les intimées

dents are women. Rather, the Government of Canada was simply unwilling to recognize that NWAC should be considered as a separate group within the Aboriginal community. Walsh D.J. stated that this was not discrimination on the basis of sex.

Walsh D.J. next considered the jurisdiction of the court to issue a writ of prohibition in the circumstances. Although it was unclear who actually made the decision respecting the distribution of funding, *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, was cited for the proposition that there is no immunity for orders-in-council unlawfully made. The decision-maker must act in accordance with the law and must comply with the rules of natural justice. Having found the jurisdiction to issue an order of prohibition exists, Walsh D.J. concluded that there was no evidence as to how the groups were selected, nor was there any evidence as to what other groups would have been more representative of the Aboriginal people than those selected. Walsh D.J. held there was nothing unfair or contrary to natural justice in the selection of the four groups to represent Aboriginal persons at the conference. The position of the representatives of NWAC had certainly been heard and considered and a decision, right or wrong, is not contrary to natural justice because it does not accept the arguments made.

Finally, Walsh D.J. stated that NWAC's fear of loss of *Charter* protection was speculative. NWAC would have further opportunities to express its concerns before any proposed amendments became law, if in fact such changes were even recommended. The multilateral discussions were only part of the whole legislative process in which courts should not intervene.

Therefore, Walsh D.J. dismissed the respondents' application for an order of prohibition.

étaient des femmes. Au contraire, le gouvernement du Canada ne voulait tout simplement pas reconnaître que l'AFAC devait être considérée comme un groupe distinct au sein de la communauté autochtone. Le juge Walsh a déclaré qu'il ne s'agissait pas là de discrimination fondée sur le sexe.

Le juge Walsh a ensuite examiné la compétence de la cour pour décerner un bref de prohibition dans les circonstances. Même si on ne savait pas clairement qui avait vraiment pris la décision concernant la distribution des fonds, on a cité l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à l'appui de la proposition selon laquelle il n'y a pas d'immunité pour les décrets pris illégalement. Le décideur doit agir conformément à la loi et respecter les règles de la justice naturelle. Après avoir conclu à l'existence de la compétence pour rendre une ordonnance de prohibition, le juge Walsh a affirmé qu'aucun élément de preuve n'établissait comment les groupes avaient été choisis ni quels autres groupes auraient été plus représentatifs des autochtones que ceux qui avaient été choisis. Il a ajouté qu'il n'y avait rien d'injuste ou de contraire à la justice naturelle dans le choix des quatre groupes pour représenter les autochtones à la conférence. On avait certainement pris connaissance et tenu compte de la position des représentants de l'AFAC, et une décision, bonne ou mauvaise, n'est pas contraire à la justice naturelle du fait qu'elle ne retient pas les arguments avancés.

Enfin, le juge Walsh a dit que la crainte de l'AFAC de perdre la protection de la *Charte* était hypothétique. L'AFAC aurait d'autres occasions d'exprimer ses préoccupations avant que les modifications suggérées n'acquiescent force de loi, à supposer que de tels changements soient recommandés. Les discussions multilatérales faisaient seulement partie de l'ensemble du processus législatif dans lequel les tribunaux ne devraient pas s'immiscer.

Par conséquent, le juge Walsh a rejeté la demande d'ordonnance de prohibition présentée par les intimées.

Federal Court of Appeal, [1992] 3 F.C. 192

Writing for the court, Mahoney J.A. stated that the arguments with respect to s. 35 of the *Constitution Act, 1982* were without merit. The right to participate in constitutional review derives from s. 37 and s. 37.1 of the *Constitution Act, 1982* and not from any "existing aboriginal or treaty rights" guaranteed by s. 35(1).

The threat of losing equality rights if Aboriginal self-governments are created without being subject to the *Charter* was not a present denial of a s. 15 right. The outcome of the constitutional discussions could not be predicted and a "merely hypothetical consequence" was no basis for judicial intervention in the constitutional reform process. Mahoney J.A. held that the law does not give an individual the right to be present at constitutional conferences, nor the right to public funding to communicate one's position. The funding and participation of the four Aboriginal groups could not be said to violate equality rights of any individual under s. 15(1) of the *Charter*.

In dealing with the arguments under s. 2(b) and s. 28 of the *Charter*, Mahoney J.A. noted that communicating one's constitutional views to the public and to governments is undoubtedly a form of expression. Mahoney J.A. characterized the issue as whether the organizations advocate male dominated Aboriginal self-governments. Whether the groups themselves are dominated by men was not the proper question since such groups could still advocate gender equality. Mahoney J.A. found that it was in the interests of Aboriginal women that the *Charter* continue to apply to any form of Aboriginal self-government. It was further held that Aboriginal women are not represented by AFN, NCC nor ITC.

Mahoney J.A. came to the conclusion that (at pp. 212-13):

Cour d'appel fédérale, [1992] 3 C.F. 192

Le juge Mahoney a affirmé, au nom de la cour, que les arguments relatifs à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* étaient sans fondement. Le droit de participer à la révision de la Constitution découle des art. 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et non pas de «droits existants — ancestraux ou issus de traités» garantis par le par. 35(1).

Le risque de perdre les droits à l'égalité, s'il y avait création de gouvernements autochtones autonomes qui ne seraient pas assujettis à la *Charte*, ne constituait pas alors une dénégation réelle d'un droit garanti par l'art. 15. On ne pouvait pas prédire l'issue des discussions sur la Constitution et une «conséquence purement hypothétique» ne justifiait pas une intervention judiciaire dans le processus de réforme de la Constitution. Le juge Mahoney a conclu que la loi ne donne pas à quelqu'un le droit d'assister à des conférences constitutionnelles ni celui de recevoir des deniers publics pour faire connaître sa position. On ne pouvait pas dire que le financement et la participation des quatre groupes autochtones violaient les droits à l'égalité garantis à tous par le par. 15(1) de la *Charte*.

Quant aux arguments fondés sur l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte*, le juge Mahoney a noté que le fait de communiquer au public et aux gouvernements son point de vue sur la Constitution représente sans aucun doute une forme d'expression. Il a souligné qu'il s'agissait de savoir si les organismes préconisaient l'établissement de gouvernements autochtones autonomes à prédominance masculine. Il ne s'agissait pas de savoir si les groupes eux-mêmes sont dominés par des hommes, puisque de tels groupes pouvaient encore préconiser l'égalité des sexes. Le juge Mahoney a estimé qu'il était dans l'intérêt des femmes autochtones que la *Charte* continue de s'appliquer à toute forme de gouvernement autochtone autonome. On a également conclu que les femmes autochtones ne sont pas représentées par l'APN, le CNAC ou l'ITC.

Le juge Mahoney conclut, aux pp. 212 et 213, que:

... by inviting and funding the participation of those organizations in the current constitutional review process and excluding the equal participation of NWAC, the Canadian government has accorded the advocates of male-dominated aboriginal self-governments a preferred position in the exercise of an expressive activity, the freedom of which is guaranteed to everyone by paragraph 2(b) and which is, by section 28, guaranteed equally to men and women. It has thereby taken action which has had the effect of restricting the freedom of expression of aboriginal women in a manner offensive to paragraph 2(b) and section 28 of the Charter. In my opinion, the learned Trial Judge erred in concluding otherwise.

That is not to say that equal funding to NWAC would necessarily be required to achieve the equality required by section 28. The evidence does not permit a concluded opinion as to that. However, the funding actually provided is so disparate as to be *prima facie* inadequate to accord it the equal freedom of expression mandated by the Charter.

It was concluded that a declaration could have a meaningful effect on NWAC's future participation in constitutional discussions.

Mahoney J.A. next analyzed the availability of a remedy under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8). The court concluded that the decision to invite the four Aboriginal groups to participate in the parallel process and to fund them must have been authorized by an Act of Parliament or an exercise of Crown prerogative. Thus, NWAC was entitled to declaratory relief pursuant to s. 18 of the *Federal Court Act*.

Mahoney J.A. also addressed the issue of whether the constitutional review process was subject to judicial scrutiny or whether it was integral to a political process in which the judiciary should not interfere. After reviewing the decision in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, which indicated that the "formulation and introduction of a bill are part of the legislative process with which the courts will not meddle" (p. 559), Mahoney J.A. opined that this did not include the process of public or private consultation by the government prior to reaching a decision

... en sollicitant et en finançant la participation de ces organismes au processus actuel de révision de la Constitution et en excluant la participation égale de [l'AFAC], le gouvernement canadien a accordé aux partisans de l'autonomie autochtone à prédominance masculine une voix privilégiée alors que la liberté d'expression est garantie à tous à l'alinéa 2b), et aussi bien aux femmes qu'aux hommes en vertu de l'article 28. Son geste a ainsi porté atteinte à la liberté d'expression des femmes autochtones, contrairement à l'alinéa 2b) et à l'article 28 de la Charte. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en concluant différemment.

Cela ne signifie pas qu'il serait nécessaire de financer également [l'AFAC] pour respecter le droit à l'égalité prévu à l'article 28. La preuve ne permet pas de conclure ainsi. Toutefois, la somme actuellement versée est si inégale qu'elle ne saurait *prima facie* respecter le droit de [l'AFAC] à liberté d'expression égale garantie par la Charte.

Il a été décidé qu'un jugement déclaratoire pourrait avoir un effet utile sur la participation future de l'AFAC à des discussions sur la Constitution.

Le juge Mahoney a ensuite analysé la possibilité d'accorder une réparation fondée sur l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8). La cour a conclu que la décision d'inviter les quatre groupes autochtones à participer au processus parallèle et de les subventionner doit avoir été autorisée par une loi du Parlement ou faire suite à l'exercice de la prérogative royale. L'AFAC avait donc droit à un jugement déclaratoire conformément à l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Le juge Mahoney a également abordé la question de savoir si le processus de révision de la Constitution était assujéti à l'examen des tribunaux ou s'il faisait partie intégrante d'un processus politique dans lequel ces derniers ne devraient pas s'immiscer. Après avoir examiné le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, qui indique que la «rédaction et le dépôt d'un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s'immiscent pas» (p. 559), le juge Mahoney a exprimé l'opinion que cela ne comprenait pas le

how to legislate on a matter. The formulation of a constitutional resolution was not started by publishing proposals meant for public review by a parliamentary committee. This was merely policy development rather than implementation. Therefore, Mahoney J.A. concluded that granting declaratory relief would not be interfering in a legislative process.

Mahoney J.A. stated that if the Government of Canada chooses to provide funding, it must do so according to the dictates of the *Charter*. However, only one who can show a constitutional foundation for a grievance by reason of being excluded from funding will obtain the court's assistance. Not every interest group can complain that their freedom of expression has been violated. For the reasons above, Mahoney J.A. concluded that NWAC was entitled to make such a claim.

With respect to the remedy, Mahoney J.A. held that the prohibition sought was unavailable since the evidence did not permit a conclusion that NWAC was entitled to equal funding in order to accord Aboriginal women equal freedom of expression. Secondly, the constitutional process had moved beyond the stage of consultation and the courts cannot interfere with the convening of a First Minister's Conference in order to dictate whom to invite. However, Mahoney J.A. held it was open to the court to declare that the actions of the Government violated ss. 2(b) and 28 of the *Charter*.

IV. Issues

I will deal with the following issues:

1. Did the Federal Court of Appeal have the jurisdiction to grant declaratory relief given that the remedy sought by the respondents was an order prohibiting the Government of Canada from disbursing any more funds pursuant to the Con-

processus de consultation publique ou privée auquel le gouvernement peut recourir avant de décider de la façon de légiférer sur une question. La rédaction d'une résolution constitutionnelle ne commençait pas avec la publication de propositions devant être soumises à l'examen du public par l'entremise d'un comité parlementaire. Il s'agissait simplement d'établir une politique plutôt que de la mettre en œuvre. Par conséquent, le juge Mahoney a conclu que prononcer un jugement déclaratoire ne constituerait pas une ingérence dans un processus législatif.

Le juge Mahoney a déclaré que, si le gouvernement du Canada choisit de verser des fonds, il doit le faire conformément aux exigences de la *Charte*. Toutefois, l'aide des tribunaux ne sera accordée qu'à celui qui pourra établir le bien-fondé, sur le plan constitutionnel, de son grief découlant du fait qu'il a été exclu du financement. Ce ne sont pas tous les groupes d'intérêts qui peuvent se plaindre de la violation de leur liberté d'expression. Pour les raisons susmentionnées, le juge Mahoney a conclu que l'AFAC avait le droit de le faire.

En ce qui a trait à la réparation, le juge Mahoney a statué que l'ordonnance de prohibition demandée ne pouvait pas être accordée puisque la preuve ne permettait pas de conclure que l'AFAC avait droit à un financement équivalent pour que les femmes autochtones jouissent d'une liberté d'expression égale. Ensuite, le processus constitutionnel avait dépassé le stade des consultations et les tribunaux ne sauraient s'immiscer dans la convocation d'une conférence des premiers ministres afin de leur dicter qui inviter. Cependant, le juge Mahoney a conclu qu'il était loisible à la cour de déclarer que les actions du gouvernement violaient l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte*.

IV. Les questions en litige

Je traiterai des questions suivantes:

1. La Cour d'appel fédérale avait-elle compétence pour prononcer un jugement déclaratoire étant donné que la réparation demandée par les intimées était une ordonnance interdisant au gouvernement du Canada de déboursier d'autres

tribution Agreements until NWAC was provided with equal funding and rights of participation?

2. Did the Government of Canada violate the freedom of expression of the individual respondents or of Aboriginal women represented by the respondent NWAC, as guaranteed by s. 2(b) read together with s. 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by funding the four Aboriginal organizations and permitting their participation in the constitutional discussions while not providing an equal right of participation and funding to NWAC?

3. Did the Government of Canada violate the equality rights of the individual respondents or of Aboriginal women represented by NWAC, as guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, by funding the four Aboriginal organizations and permitting their participation in the constitutional discussions while not providing an equal right of participation and funding to NWAC?

4. Did the Government of Canada violate s. 35 of the *Constitution Act, 1982* by failing to recognize existing Aboriginal and treaty rights, which are guaranteed equally to male and female persons?

V. Analysis

A. *Preliminary Issues*

(1) Mootness

The respondents brought an application returnable on the opening of the appeal to declare the case moot. It was submitted that since the constitutional process out of which these proceedings arose had run its course, the matter was academic. The appellant, however, pointed out that an action is outstanding against the Crown for six million dollars based on the judgment of the Court of Appeal. The application to declare the appeal moot was dis-

fonds conformément aux accords de contribution tant que l'AFAC ne jouirait pas d'un financement et de droits de participation équivalents?

2. Le gouvernement du Canada a-t-il violé la liberté d'expression que l'al. 2b), conjugué à l'art. 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, garanti aux intimées, prises individuellement, ou aux femmes autochtones représentées par l'AFAC intimée, en finançant les quatre organismes autochtones et en leur permettant de participer aux discussions sur la Constitution tout en n'accordant pas à l'AFAC un droit de participation et un financement équivalents?

3. Le gouvernement du Canada a-t-il violé les droits à l'égalité que le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garanti aux intimées, prises individuellement, ou aux femmes autochtones représentées par l'AFAC intimée, en finançant les quatre organismes autochtones et en leur permettant de participer aux discussions sur la Constitution tout en n'accordant pas à l'AFAC un droit de participation et un financement équivalents?

4. Le gouvernement du Canada a-t-il violé l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* en ne reconnaissant pas les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, qui sont garantis également aux personnes des deux sexes?

V. Analyse

A. *Les questions préliminaires*

(1) La perte de tout intérêt pratique

Les intimées ont fait une demande qui devait être présentée à l'ouverture du pourvoi, afin d'obtenir une déclaration que la cause avait perdu tout intérêt pratique. On a soutenu que, puisque le processus constitutionnel à l'origine de la présente instance avait pris fin, la question était devenue théorique. L'appelante a toutefois souligné que l'État fait l'objet d'une action pour un montant de six millions de dollars fondée sur le jugement de la

missed at the conclusion of submissions on this point.

(2) Jurisdiction

It is clear that the Federal Court of Appeal had jurisdiction to pronounce a declaratory judgment. Sections 18 and 18.1(3)(b) of the *Federal Court Act* confer upon the Federal Court, Trial Division original jurisdiction to grant declaratory relief in an application for judicial review. On an appeal from the Trial Division, pursuant to s. 52(b) of the *Federal Court Act*, the Federal Court of Appeal may:

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Trial Division should have given or awarded,

(iii) make a declaration as to the conclusions that the Trial Division should have reached on the issues decided by it and refer the matter back for a continuance of the trial on the issues that remain to be determined in light of that declaration. [Emphasis added.]

Thus, it is apparent that the Federal Court of Appeal has the jurisdiction under s. 52(b) to grant declaratory relief. This conclusion is further supported by Rule 1723 of the *Federal Court Rules*, C.R.C. 1978, c. 663, which states the following:

Rule 1723. No action shall be open to objection on the ground that a merely declaratory judgment or order is sought thereby, and the Court may make binding declarations of right whether or not any consequential relief is or could be claimed. [Emphasis added.]

This provision contemplates the granting of declaratory relief notwithstanding the fact that no other relief could be claimed.

In fact, this is not disputed by the appellant, nor by the intervener ITC which also made submissions on this issue. Rather, the appellant and ITC both argue that it is inappropriate for the Federal

Cour d'appel. La demande de déclaration que le pourvoi a perdu tout intérêt pratique a été rejetée à la fin des plaidoiries sur ce point.

a (2) La compétence

Il est clair que la Cour d'appel fédérale avait compétence pour prononcer un jugement déclaratoire. L'article 18 et l'al. 18.1(3)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* confèrent à la Section de première instance de la Cour fédérale compétence exclusive, en première instance, pour accorder un jugement déclaratoire dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire. À la suite d'un appel interjeté contre une décision de la Section de première instance, conformément à l'al. 52(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel fédérale peut:

(i) soit rejeter l'appel ou rendre le jugement que la Section de première instance aurait dû rendre et prendre toutes mesures d'exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

(iii) soit énoncer, dans une déclaration, les conclusions auxquelles la Section de première instance aurait dû arriver sur les points qu'elle a tranchés et lui renvoyer l'affaire pour poursuite de l'instruction, à la lumière de cette déclaration, sur les points en suspens. [Je souligne.]

Il appert donc que la Cour d'appel fédérale a, en vertu de l'al. 52(b), compétence pour accorder un jugement déclaratoire. Cette conclusion s'appuie en outre sur la règle 1723 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C. 1978, ch. 663, dont voici le texte:

Règle 1723. Il ne peut être fait opposition à une action pour le motif que cette action ne vise qu'à l'obtention d'un jugement ou d'une ordonnance purement déclaratoires; et la Cour pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement soit ou puisse être demandé ou non en conséquence. [Je souligne.]

Cette disposition prévoit la possibilité de prononcer un jugement déclaratoire même si aucune autre réparation ne peut être demandée.

En fait, cela n'est contesté ni par l'appelante ni par l'intervenante, l'ITC, qui a également présenté des observations à ce sujet. L'appelante et l'ITC soutiennent plutôt qu'il ne convient pas que la

Court of Appeal to award a declaration when the respondents merely sought an order of prohibition at the Trial Division. In other words, the appellant contends granting such relief resulted in prejudice as it changed the focus of the case. In my view, this argument must fail. It is clear that the grounds relied on for an order of prohibition sought at the Trial Division were the alleged violations of the *Charter* and the *Constitution Act, 1982* by the Government of Canada. The argument at trial focused on whether there was a breach of the respondents' freedom of expression or equality or their Aboriginal and treaty rights. Thus, the determination of whether the rights of the respondents were violated was necessarily ancillary to the granting of an order of prohibition. The declaration that was ultimately granted by the Federal Court of Appeal hinged on the violation of *Charter* rights that was specifically argued at the Trial Division. It cannot be said that the appellant was taken by surprise or prejudiced in any way. Nothing different could have been argued by the parties had the declaration specifically been sought.

I would conclude that, in the circumstances, the Federal Court had jurisdiction to make a declaration which related directly to the matter in dispute between the parties. Although, as pointed out by the appellant and ITC, the respondents did not specifically include a request for a declaration in their pleadings, they did include a "basket clause" requesting "[s]uch other relief as to this Honourable Court may seem just". It has been held that a "basket clause" in the prayer for relief permits a court to exercise its discretion to grant a declaration even though it was not specifically pleaded. In *Loudon v. Ryder (No. 2)*, [1953] Ch. 423, the court considered a rule very similar to that of Rule 1723. Notwithstanding that a declaration was not specifically claimed, it was held that this did not preclude the remedy under the claim to fur-

Cour d'appel fédérale prononce un jugement déclaratoire lorsque les intimées ont simplement demandé une ordonnance de prohibition à la Section de première instance. Autrement dit, l'appelante prétend que le fait d'avoir accordé une telle réparation a entraîné un préjudice étant donné qu'il en a résulté un changement d'orientation de l'instance. À mon avis, cet argument doit échouer. Il est évident que les motifs invoqués à l'appui de la demande d'ordonnance de prohibition adressée à la Section de première instance étaient les violations de la *Charte* et de la *Loi constitutionnelle de 1982* que le gouvernement du Canada aurait commises. Au procès, les plaidoiries étaient axées sur la question de savoir s'il y avait eu atteinte à la liberté d'expression ou aux droits à l'égalité des intimées ou encore à leurs droits ancestraux ou issus de traités. Par conséquent, la réponse à la question de savoir s'il y avait eu violation des droits des intimées était nécessairement accessoire à la délivrance d'une ordonnance de prohibition. Le jugement déclaratoire que la Cour d'appel fédérale a prononcé en fin de compte était fondé sur la violation des droits garantis par la *Charte* qui avait été alléguée expressément devant la Section de première instance. On ne peut pas dire que l'appelante a été prise au dépourvu ou a subi un préjudice quelconque. Les parties n'auraient pu alléguer rien d'autre si le jugement déclaratoire avait été demandé expressément.

Je suis d'avis de conclure que, dans les circonstances, la Cour fédérale avait compétence pour rendre un jugement déclaratoire qui se rapportait directement à la question en litige entre les parties. Bien que, comme l'appelante et l'ITC l'ont souligné, les intimées n'aient pas demandé expressément de jugement déclaratoire dans leurs actes de procédure, elles ont inclus une «clause omnibus» demandant [TRADUCTION] «[t]oute autre réparation que la cour peut estimer juste». Il a été statué qu'une «clause omnibus» dans une demande de réparation permet à la cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer un jugement déclaratoire même si cela n'a pas été soulevé précisément dans les plaidoiries. Dans l'arrêt *Loudon c. Ryder (No. 2)*, [1953] Ch. 423, la cour a examiné une règle très similaire à la règle 1723. Même si aucun

ther or other relief. *R. v. Bales, Ex parte Meaford General Hospital*, [1971] 2 O.R. 305 (H.C.), involved a claim for an order prohibiting the Minister of Labour from appointing a conciliation officer in a labour dispute. Osler J. held that there was no jurisdiction to make an order of prohibition in the circumstances. It was argued that a declaration was not an appropriate remedy as it was not specifically requested. However, Osler J. noted that the notice of motion had a prayer "for such further and other order as this Court may deem meet" and was prepared to make a declaration in the circumstances. *Meisner v. Mason*, [1931] 2 D.L.R. 156 (N.S.C.A.), and *Harrison-Broadley v. Smith*, [1964] 1 All E.R. 867 (C.A.), are also cases in which a declaratory judgment issued notwithstanding the failure to specifically request it.

Moreover, I note that s. 18.1 of the *Federal Court Act*, which came into effect on February 1, 1992, now provides for a uniform procedure of an application for judicial review in order to obtain the remedies available in s. 18. In *Federal Court Practice 1994*, David Sgayias et al. state (at p. 88) the following with respect to the effect of s. 18.1:

The section expressly sets out the standing requirements, the grounds of review, and the powers of the court on an application for judicial review. As a result, it is not necessary to refer expressly to the prerogative or extraordinary remedies when applying for judicial review. [Emphasis added.]

I conclude from the foregoing that the Federal Court of Appeal did not err in respect of this issue.

B. Constitutional Issues

(1) The Applicability of the Charter

The appellant argues that the constitutional violation found by the Court of Appeal did not flow

jugement déclaratoire n'avait été demandé expressément, on a jugé que cela n'empêchait pas d'accorder cette réparation en vertu de la demande de toute autre réparation. Dans *R. c. Bales, Ex parte Meaford General Hospital*, [1971] 2 O.R. 305 (H.C.), il s'agissait d'une demande d'ordonnance interdisant au ministre du Travail de nommer un conciliateur dans un conflit de travail. Le juge Osler a conclu à l'absence de compétence pour rendre une ordonnance de prohibition dans les circonstances. Il a été allégué qu'un jugement déclaratoire ne constituait pas une réparation appropriée en raison de l'absence d'une demande expresse en ce sens. Toutefois, le juge Osler a fait observer que l'avis de requête comportait une demande [TRANSDUCTION] «de toute autre ordonnance que la cour peut juger convenable» et il était disposé à prononcer un jugement déclaratoire dans les circonstances. *Meisner c. Mason*, [1931] 2 D.L.R. 156 (C.A.N.-É.), et *Harrison-Broadley c. Smith*, [1964] 1 All E.R. 867 (C.A.), sont également des cas où un jugement déclaratoire a été prononcé malgré l'absence d'une demande expresse en ce sens.

De plus, je remarque que l'art. 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui est entré en vigueur le 1^{er} février 1992, prescrit désormais une procédure uniforme de demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir les redressements prévus à l'art. 18. Dans l'ouvrage intitulé *Federal Court Practice 1994*, David Sgayias et ses coauteurs déclarent ceci, à la p. 88, au sujet de l'effet de l'art. 18.1:

[TRANSDUCTION] L'article énonce expressément les conditions requises, les motifs de contrôle et les pouvoirs de la cour relativement aux demandes de contrôle judiciaire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de mentionner expressément les recours extraordinaires ou par voie de bref de prérogative au moment de présenter une demande de contrôle judiciaire. [Je souligne.]

J'en conclus donc que la Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur relativement à cette question.

B. Les questions constitutionnelles

(1) L'applicabilité de la Charte

L'appelante soutient que la violation de la Constitution à laquelle a conclu la Cour d'appel ne

from the Government of Canada's decision to provide funding to the four Aboriginal groups. Rather any *Charter* breach was caused by the subsequent actions of the recipients in failing to equally include NWAC. Therefore, it is argued that the *Charter* does not apply since any violation resulted from the actions of private parties.

This argument misapprehends the nature of the claim of the respondents. It is their contention that the decision of the Government of Canada not to directly fund NWAC to the same extent as AFN, ITC, MNC and NCC and not to invite NWAC to the constitutional discussions violated their rights. I would not, therefore, give effect to this submission.

(2) Sections 2(b) and 28 of the *Charter*: Freedom of Expression Guaranteed Equally to Male and Female Persons

The main contention of the respondents is that the Government's provision of funding to NCC, ITC, AFN and MNC, along with the opportunity to participate in the constitutional discussions, required the Government to bestow upon NWAC an equal chance for expression of its views.

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927, provides a useful starting point for the analysis of freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. In that case, a two-step analysis was established for determining whether a violation of freedom of expression has occurred. First, it is necessary to determine whether the activity which the respondents wish to pursue may properly be characterized as falling within the sphere of conduct protected by s. 2(b), namely expressive activity. In this case, the respondents allege that the Government of Canada failed to equally guarantee the right to communicate their constitutional views to the governments at the conferences. I agree with the conclusion of the Court of Appeal that this is unquestionably an expressive activity within the scope of s. 2(b) of the *Charter*.

découlait pas de la décision du gouvernement du Canada de verser des fonds aux quatre groupes autochtones. La violation de la *Charte* résultait plutôt des actions que les bénéficiaires avaient accomplies en n'incluant pas également l'AFAC. On fait donc valoir que la *Charte* ne s'applique pas puisque la violation, s'il en est, a résulté des actions de parties privées.

En avançant cet argument, on se méprend sur la nature de la demande des intimées. Celles-ci prétendent que la décision du gouvernement du Canada de ne pas subventionner directement l'AFAC dans la même mesure que l'APN, l'ITC, le RNM et le CNAC, et de ne pas inviter l'AFAC aux discussions sur la Constitution violait leurs droits. Je suis donc d'avis de ne pas retenir cet argument.

(2) L'alinéa 2b) et l'art. 28 de la *Charte*: liberté d'expression garantie également aux personnes des deux sexes

Les intimées soutiennent principalement qu'en versant des fonds au CNAC, à l'ITC, à l'APN et au RNM et en leur donnant la possibilité de participer aux discussions sur la Constitution, le gouvernement devait accorder à l'AFAC une chance égale d'exprimer son point de vue.

L'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, fournit un point de départ utile pour analyser la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Dans cette affaire, on a conçu une analyse en deux étapes pour déterminer s'il y a eu violation de la liberté d'expression. Premièrement, il faut déterminer si l'activité que les intimées veulent poursuivre peut être considérée à bon droit comme relevant du champ des activités protégées par l'al. 2b), à savoir une activité expressive. En l'espèce, les intimées allèguent que le gouvernement du Canada ne leur a pas garanti de façon égale le droit de communiquer aux gouvernements leur point de vue sur la Constitution, lors des conférences. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il s'agit incontestablement d'une activité expressive visée par l'al. 2b) de la *Charte*.

Once it has been determined that the activity in question is expressive, *Irwin Toy* instructs that one must next conduct an inquiry into “whether the purpose or effect of the impugned governmental action was to control attempts to convey meaning through that activity” (p. 972). It cannot plausibly be contended that the governmental action in question here had as its purpose the restriction of the respondents’ freedom of expression. In fact, it could be said that the decision to provide funding to the AFN, NCC, ITC and MNC and invite the four national Aboriginal groups to the constitutional table had as its very purpose the encouragement of free expression and the exchange of ideas. Therefore, the respondents’ position must rely on the effect of the decision of the Government. In this regard, their argument is summarized by the Court of Appeal as follows (at p. 211):

The [respondents] argue that, by funding and thereby supporting male-dominated aboriginal organizations in that activity, the Canadian government has enhanced their ability to communicate their anti-Charter positions to the virtual exclusion of NWAC’s pro-Charter position. Government action has given the male-dominated organizations an ability to communicate effectively which has been denied aboriginal women, thereby abridging the guarantee of section 28 that freedom of expression is equally the freedom of male and female persons.

The respondents argued that the four Aboriginal groups were given something extra from which NWAC was excluded. While it is conceded that s. 2(b) does not include the right to any particular means of expression, the respondents contend that if the Government chooses to fund and to offer a voice to anti-Charter, male-led Aboriginal organizations, it is under a constitutional duty to do so equitably and in accordance with the *Charter*. Therefore, the Government must also fund and invite participation by NWAC. It is submitted that such a result is mandated by the decision of this Court in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, as well as by s. 28 of the *Charter* which guarantees the rights and freedoms of the *Charter* equally to male and female persons.

Une fois qu’on a déterminé qu’il s’agit d’une activité expressive, l’arrêt *Irwin Toy* indique qu’il faut ensuite se demander «si l’objet ou l’effet de l’action gouvernementale contestée était de contrôler la transmission d’une signification par cette activité» (p. 972). On ne saurait soutenir de manière convaincante que l’action gouvernementale, ici en cause, avait pour but de restreindre la liberté d’expression des intimées. En fait, on pourrait dire que la décision de verser des sommes d’argent à l’APN, au CNAC, à l’ITC et au RNM et d’inviter les quatre groupes autochtones nationaux à la table des discussions sur la Constitution avait véritablement pour but d’encourager la liberté d’expression et l’échange d’idées. Par conséquent, la position des intimées doit se fonder sur l’effet de la décision du gouvernement. La Cour d’appel résume ainsi leur argument à cet égard, à la p. 211:

Les [intimées] soutiennent qu’en finançant et, par le fait même, en appuyant cette activité des organisations autochtones dominées par les hommes, le gouvernement canadien a accru leur capacité de communiquer leurs positions défavorables à la Charte au point d’exclure à toutes fins pratiques la position contraire défendue par [l’AFAC]. Le geste du gouvernement a donné aux organisations dominées par les hommes une capacité de communiquer avec efficacité qui a été niée aux femmes autochtones, et il a ainsi porté atteinte à la garantie de l’article 28 en vertu de laquelle la liberté d’expression comprend également la liberté des hommes et des femmes.

Les intimées ont soutenu que les quatre groupes autochtones ont reçu quelque chose de plus que l’AFAC. Bien que l’on reconnaisse que l’al. 2b) ne comprend pas le droit à des modes particuliers d’expression, les intimées prétendent que, si le gouvernement choisit de verser des sommes d’argent et de donner voix au chapitre à des organismes autochtones dirigés par des hommes et défavorables à la *Charte*, il a alors l’obligation constitutionnelle de le faire de façon équitable et en conformité avec la *Charte*. Le gouvernement doit donc également subventionner l’AFAC et l’inviter à participer. Il est allégué que ce résultat s’impose en raison de l’arrêt de notre Cour *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, ainsi que de l’art. 28 de la *Charte* qui garantit les droits et libertés de la *Charte* également aux personnes des deux sexes.

In order to determine whether the assertions of the respondents are valid, it is necessary to consider the scope of the freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. In particular, it must be determined whether there is any positive duty on the Government to provide funding to NWAC in these circumstances. This case does not involve the typical situation of government action restricting or interfering with freedom of expression in the negative sense. Rather, the respondents claim that the *Charter* requires the Government of Canada to provide them with a forum for expression equal to that of the other Aboriginal organizations. In this light, I must also consider whether there is any evidence to support the argument that the funded groups were any less representative of Aboriginal women's views regarding the Constitution such that NWAC was constitutionally entitled to participate in the funding. The argument under ss. 2(b) and 28 of the *Charter* depends on a finding that the funding of and participation by NWAC was necessary to provide an equal voice for the rights of women.

(a) *The Scope of Section 2(b)*

It is beyond dispute that freedom of expression is a guaranteed right and a value of fundamental importance to our society. The essential nature of freedom of expression in a democratic society has been discussed by this Court in numerous cases. (See, for example, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336.) As McLachlin J. stated in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 752, the purpose of s. 2(b) "is to permit free expression to the end of promoting truth, political or social participation, and self-fulfilment". As such, it has been held that the freedoms contained therein should only be restricted in the clearest of cases, where urgent and compelling reasons exist: *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1336; *Irwin Toy*, *supra*, at p. 1009 (per McIntyre J., dissenting).

Traditionally, the cases involving s. 2(b) of the *Charter* have dealt with situations whereby the

Pour déterminer si les affirmations des intimées sont valables, il est nécessaire d'examiner la portée de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il faut notamment déterminer si le gouvernement a une obligation positive de verser des fonds à l'AFAC dans ces circonstances. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas typique d'action gouvernementale qui restreint ou entrave la liberté d'expression dans un sens négatif. Au contraire, les intimées prétendent que la *Charte* oblige le gouvernement du Canada à leur fournir, pour s'exprimer, une tribune équivalente à celle qu'il offre aux autres organismes autochtones. À la lumière de ce qui précède, je dois également examiner s'il y a des éléments de preuve qui appuient l'argument selon lequel les groupes subventionnés représentaient tellement moins le point de vue des femmes autochtones sur la Constitution que l'AFAC avait droit, en vertu de la Constitution, à une part des fonds versés. L'argument fondé sur l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte* repose sur la conclusion que le financement et la participation de l'AFAC étaient nécessaires pour que les femmes puissent faire valoir leurs droits également.

a) *La portée de l'al. 2b)*

Il est incontestable que la liberté d'expression est un droit garanti et une valeur d'une importance fondamentale pour notre société. Notre Cour a, dans de nombreux arrêts, analysé le caractère essentiel de la liberté d'expression dans une société démocratique. (Voir, par exemple, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336.) Comme le juge McLachlin l'affirme dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, à la p. 752, l'al. 2b) «vise à permettre la liberté d'expression dans le but de promouvoir la vérité, la participation politique ou sociale et l'accomplissement de soi». C'est ainsi qu'on a jugé qu'il ne faudrait restreindre les libertés garanties par cet alinéa que dans les cas les plus évidents où il y aurait des motifs urgents et impératifs de le faire: *Edmonton Journal*, précité, à la p. 1336; *Irwin Toy*, précité, à la p. 1009 (le juge McIntyre, dissident).

Dans les arrêts portant sur l'al. 2b) de la *Charte*, il s'agissait traditionnellement de situations où le

government has attempted, in some way, to limit or interfere with one's freedom of expression. In the present situation, the respondents are requesting the Court to consider whether there may be a positive duty on governments to facilitate expression in certain circumstances.

Whether freedom of expression includes a positive right to be provided with specific means of expression was recently considered for the first time by this Court in *Haig*. That case involved a somewhat similar fact situation in that the issue arose in the context of a referendum held by the federal government in all the provinces and territories, except Quebec, concerning proposed amendments to the Canadian Constitution. At the same time, Quebec held its own referendum. Due to a change in residence, Mr. Haig did not meet the requirements to be eligible to vote in either referendum. Mr. Haig contended that the order-in-council establishing the referendum, made pursuant to the federal *Referendum Act*, infringed his rights under s. 2(b) of the *Charter*. It was not disputed that the casting of a ballot in the referendum was a form of expression. However, Mr. Haig argued that s. 2(b) required not only protection from interference, but an affirmative role on the part of the state in providing the specific means of expression.

Writing for the majority, L'Heureux-Dubé J. noted that the "case law and doctrinal writings have generally conceptualized freedom of expression in terms of negative rather than positive entitlements" (p. 1034). Examples of this approach may also be found in *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467 (N.W.T.S.C.), aff'd (1983), 8 D.L.R. (4th) 230 (C.A.), leave to appeal denied, [1984] 1 S.C.R. v; *Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1984] 2 F.C. 410 (C.A.), at p. 426. L'Heureux-Dubé J. makes the following remarks at p. 1035:

gouvernement avait essayé, de quelque façon, de limiter ou d'entraver la liberté d'expression de quelqu'un. En l'espèce, les intimées demandent à la Cour d'examiner si les gouvernements peuvent avoir l'obligation positive de faciliter l'expression d'opinions dans certaines circonstances.

C'est dans l'arrêt *Haig* que notre Cour s'est demandé pour la première fois, récemment, si la liberté d'expression comporte le droit positif à un mode précis d'expression. Cet arrêt portait sur une situation de fait quelque peu similaire étant donné que la question se posait dans le cadre d'un référendum tenu par le gouvernement fédéral dans toutes les provinces et territoires, sauf le Québec, au sujet de propositions visant à modifier la Constitution canadienne. Le Québec a tenu son propre référendum simultanément. En raison d'un changement de résidence, M. Haig ne satisfaisait pas aux exigences pour pouvoir voter à l'un ou l'autre référendum. Il a prétendu que le décret ordonnant la tenue du référendum, qui avait été pris conformément à la *Loi référendaire* fédérale, violait les droits que lui garantissait l'al. 2b) de la *Charte*. On ne contestait pas que voter au référendum était une forme d'expression. Toutefois, M. Haig a fait valoir que l'al. 2b) prescrivait non seulement la protection contre l'ingérence étatique, mais encore qu'il exigeait que l'État veille activement à fournir ce mode précis d'expression.

Le juge L'Heureux-Dubé a souligné, au nom de la Cour à la majorité, que «la jurisprudence et la doctrine ont généralement conceptualisé la liberté d'expression en fonction de droits négatifs plutôt que positifs» (p. 1034). On peut également trouver des exemples de ce point de vue dans *Re Allman and Commissioner of the Northwest Territories* (1983), 144 D.L.R. (3d) 467 (C.S.T. N.-O.), conf. par (1983), 8 D.L.R. (4th) 230 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1984] 1 R.C.S. v; *Minnesota State Board for Community Colleges c. Knight*, 465 U.S. 271 (1984); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1984] 2 C.F. 410 (C.A.), à la p. 426. Le juge L'Heureux-Dubé fait observer ce qui suit, à la p. 1035:

Like its United States First Amendment counterpart, the Canadian s. 2(b) *Charter* jurisprudence has been shaped by these same foundational premises, focusing mainly on attempts by governments to place limitations on what can be expressed. The traditional question before courts has been: to what extent can freedom of expression be justifiably limited? The answer has been that individuals can expect to be free from government action the purpose or effect of which is to deny or abridge freedom of expression, unless the restraint is one that can be justified in a free and democratic society in accordance with s. 1 of the *Charter*.

It has not yet been decided that, in circumstances such as the present ones, a government has a constitutional obligation under s. 2(b) of the *Charter* to provide a particular platform to facilitate the exercise of freedom of expression. The traditional view, in colloquial terms, is that the freedom of expression contained in s. 2(b) prohibits gags, but does not compel the distribution of megaphones. [Emphasis in original.]

Although the traditional conceptualization of freedom of expression has been concerned with government action that interferes with one's ability to convey meaning, L'Heureux-Dubé J. recognized the possibility that in some situations mere governmental complacency is not enough. That is, "true freedom of expression must be broader than simply the right to be free from interference" (p. 1036). At page 1039 of the *Haig* decision, L'Heureux-Dubé J. posits the following:

One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.

C'est selon ces mêmes prémisses fondamentales qui jouent à l'égard du Premier amendement de la Constitution américaine, qu'a été façonnée la jurisprudence portant sur l'al. 2b) de la *Charte* canadienne. Il s'agit d'une jurisprudence qui s'arrête principalement aux tentatives gouvernementales d'imposer des limites au contenu de l'expression. La question traditionnellement soumise aux tribunaux a été la suivante: dans quelle mesure la restriction de la liberté d'expression peut-elle être justifiée? Ce à quoi on a répondu que les particuliers ont le droit de n'être exposés à aucune mesure gouvernementale ayant pour objet ou pour effet de dénier ou de limiter la liberté d'expression, à moins que la restriction ne puisse se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*.

Il n'existe pas encore de décision établissant que, dans des circonstances comme celles qui se présentent en l'espèce, un gouvernement est constitutionnellement tenu, aux termes de l'al. 2b) de la *Charte*, de fournir une tribune particulière destinée à faciliter l'exercice de la liberté d'expression. Selon le point de vue traditionnel, exprimé dans le langage courant, la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) interdit les bâillons mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix. [Souligné dans l'original.]

Bien que la conceptualisation traditionnelle de la liberté d'expression ait concerné une action gouvernementale qui entrave l'aptitude de quelqu'un de communiquer sa pensée, le juge L'Heureux-Dubé a reconnu que la simple passivité du gouvernement pourrait être insuffisante dans certains cas. Autrement dit, «la véritable liberté d'expression ne saurait se ramener au simple droit d'être à l'abri de toute ingérence» (pp. 1036 et 1037). À la page 1039 de l'arrêt *Haig*, le juge L'Heureux-Dubé avance ceci:

On ne doit pas s'éloigner du contexte de l'approche fondée sur l'objet énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.

In the proper context, these may perhaps be relevant considerations leading a court to conclude that positive governmental action is required.

However, it was concluded that no positive governmental action was required in order to provide Mr. Haig with a right to vote in the referendum. The *Charter* does not guarantee Canadians a right to vote in a referendum. Furthermore, the referendum actually presented a forum for and encouraged expression. Thus, it could not be said that Mr. Haig's s. 2(b) *Charter* rights were violated.

The conclusions reached in *Haig* have application to the case at bar. Similar to a referendum, the Government of Canada was engaging in a consultative process to secure the public opinion with respect to potential constitutional amendments. To further this goal, a parallel process of consultation was established within the Aboriginal community. It cannot be claimed that NWAC has a constitutional right to receive government funding aimed at promoting participation in the constitutional conferences. The respondents conceded as much in paragraph 91 of their factum as well as in oral argument. Furthermore, the provision of funding and the invitation to participate in constitutional discussions facilitated and enhanced the expression of Aboriginal groups. It did not stifle expression.

However, the respondents rely on *Haig* for the proposition that the Government cannot provide a platform of expression in a discriminatory fashion or in a way which otherwise violates the *Charter*. They state that this result is clearly mandated by s. 28 of the *Charter*. The following passage from the reasons of L'Heureux-Dubé J., at pp. 1041-42, is relied on:

In my view, though a referendum is undoubtedly a platform for expression, s. 2(b) of the *Charter* does not impose upon a government, whether provincial or federal, any positive obligation to consult its citizens through the particular mechanism of a referendum. Nor

Dans le contexte approprié, ces considérations pourraient être pertinentes et amener un tribunal à conclure à la nécessité d'une intervention gouvernementale positive.

Toutefois, on a conclu qu'aucune intervention gouvernementale positive n'était requise pour fournir à M. Haig le droit de voter au référendum. La *Charte* ne garantit pas aux Canadiens le droit de voter à un référendum. De plus, le référendum offrait vraiment une tribune pour favoriser et encourager l'expression. On ne pouvait donc pas dire qu'il y avait eu violation des droits que l'al. 2b) de la *Charte* garantissait à M. Haig.

Les conclusions tirées dans l'arrêt *Haig* s'appliquent en l'espèce. Tout comme dans un référendum, le gouvernement du Canada recourait à un processus de consultation pour connaître l'opinion du public relativement à d'éventuelles modifications constitutionnelles. Un processus parallèle de consultation a été mis sur pied à cette fin au sein de la communauté autochtone. On ne saurait prétendre que l'AFAC a, en vertu de la Constitution, le droit de recevoir des deniers publics pour promouvoir sa participation aux conférences constitutionnelles. Les intimées ont reconnu cela au paragraphe 91 de leur mémoire ainsi que dans leur plaidoirie orale. En outre, le versement de fonds et l'invitation à participer aux discussions sur la Constitution aidaient les groupes autochtones à s'exprimer et leur donnaient de meilleures possibilités de le faire. Cela n'avait pas pour effet de refréner l'expression d'opinions.

Cependant, les intimées invoquent l'arrêt *Haig* pour soutenir que le gouvernement ne peut pas fournir, de façon discriminatoire ou d'une autre manière contraire à la *Charte*, une tribune pour favoriser l'expression. Elles disent que ce résultat s'impose clairement en raison de l'art. 28 de la *Charte*. Elles s'appuient sur le passage suivant des motifs du juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 1041 et 1042:

À mon avis, bien qu'un référendum soit assurément une tribune pour favoriser l'expression, l'al. 2b) de la *Charte* n'impose à aucun gouvernement, provincial ou fédéral, une obligation positive de consulter les citoyens par le recours à cette méthode particulière qu'est un

does it confer upon all its citizens the right to express their opinions in a referendum. A government is under no constitutional obligation to extend this platform of expression to anyone, let alone to everyone. A referendum as a platform of expression is, in my view, a matter of legislative policy and not of constitutional law.

The following caveat is, however, in order here. *While s. 2(b) of the Charter does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. The traditional rules of Charter scrutiny continue to apply. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion, and particularly not on a ground prohibited under s. 15 of the Charter.*

I would add that issues of expression may on occasion be strongly linked to issues of equality. In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, the Court said that s. 15 of the *Charter* is indeed a hybrid of positive and negative protection, and that a government may be required to take positive steps to ensure the equality of people or groups who come within the scope of s. 15. It might well be that, in the context of a particular equality claim, those positive steps may involve the provision of means of expression to certain groups or individuals. However, despite obvious links between various provisions of the *Charter*, I believe that, should such situations arise, it would be preferable to address them within the boundaries of s. 15, without unduly blurring the distinctions between different *Charter* guarantees. [Underlining in original; emphasis in italics added.]

Therefore, *Haig* establishes the principle that generally the government is under no obligation to fund or provide a specific platform of expression to an individual or a group. However, the decision in *Haig* leaves open the possibility that, in certain circumstances, positive governmental action may be required in order to make the freedom of expression meaningful. Furthermore, in some circumstances where the government does provide such a platform, it must not do so in a discriminatory fashion contrary to the *Charter*. It is this last proposition upon which the respondents rely in

référéndum. Il ne confère pas, non plus, à l'ensemble des citoyens le droit d'exprimer leur opinion dans le cadre d'un référendum. Le gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir cette tribune pour favoriser l'expression à qui que ce soit, et encore moins à tous. Le référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève, selon moi, de la politique législative et non du droit constitutionnel.

Une réserve s'impose toutefois: *quoique l'al. 2b) de la Charte ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Les règles traditionnelles qui régissent l'examen fondé sur la Charte continuent à s'appliquer. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination, surtout si cette discrimination se fonde sur un motif prohibé par l'art. 15 de la Charte.*

J'ajouterais que les questions en matière d'expression peuvent, parfois, être intimement liées à celles touchant l'égalité. Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, la Cour a observé que l'art. 15 de la *Charte* offre bel et bien une protection hybride, c'est-à-dire positive mais aussi négative, et qu'un gouvernement peut se voir obligé de prendre des mesures positives afin d'assurer l'égalité de personnes ou groupes visés à l'art. 15. Il est fort possible, d'ailleurs, que, dans le contexte d'une revendication particulière d'égalité, ces mesures positives puissent comprendre l'obligation de fournir un mode d'expression à certains groupes ou particuliers. Cependant, en dépit des liens évidents entre diverses dispositions de la *Charte*, je crois que, si de telles situations se présentaient, il vaudrait mieux les examiner en fonction du seul art. 15, sans indûment escamoter les distinctions entre différentes garanties énoncées dans la *Charte*. [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

Par conséquent, l'arrêt *Haig* établit le principe selon lequel le gouvernement n'est pas tenu, en général, de verser des fonds à un individu ou à un groupe, ni de leur fournir une tribune précise pour favoriser l'expression. Toutefois, l'arrêt *Haig* maintient la possibilité que, dans certains cas, une intervention gouvernementale positive soit requise pour donner un sens à la liberté d'expression. De plus, dans certains cas où le gouvernement fournit une telle tribune, il ne doit pas le faire d'une manière discriminatoire contraire à la *Charte*. C'est sur cette dernière proposition et sur l'art. 28

conjunction with s. 28 of the *Charter* to support their position that their rights under s. 2(b) of the *Charter* were violated in that they did not receive an equal platform to express their views.

At this point, I should add that it cannot be said that every time the Government of Canada chooses to fund or consult a certain group, thereby providing a platform upon which to convey certain views, that the Government is also required to fund a group purporting to represent the opposite point of view. Otherwise, the implications of this proposition would be untenable. For example, if the Government chooses to fund a women's organization to study the issue of abortion to assist in drafting proposed legislation, can it be argued that the Government is bound by the Constitution to provide equal funding to a group purporting to represent the rights of fathers? If this was the intended scope of s. 2(b) of the *Charter*, the ramifications on government spending would be far reaching indeed.

Although care must be taken when referring to American authority with respect to the First Amendment, the American version of freedom of expression, I find the comments of O'Connor J. of the United States Supreme Court in *Minnesota State Board for Community Colleges*, *supra*, at p. 285, apposite:

Government makes so many policy decisions affecting so many people that it would likely grind to a halt were policymaking constrained by constitutional requirements on whose voices must be heard. "There must be a limit to individual argument in such matters if government is to go on." [Cite omitted.] Absent statutory restrictions, the State must be free to consult or not to consult whomever it pleases.

And later, at p. 287:

When government makes general policy, it is under no greater constitutional obligation to listen to any specifically affected class than it is to listen to the public at large.

de la *Charte* que les intimées fondent leur point de vue selon lequel il y a eu violation des droits que leur garantit l'al. 2b) de la *Charte* du fait qu'on ne leur a pas offert une tribune équivalente pour exprimer leur opinion.

À ce moment-ci, je dois ajouter qu'on ne saurait dire que, chaque fois que le gouvernement du Canada choisit de financer ou de consulter un certain groupe et lui fournit ainsi une tribune pour faire connaître certaines opinions, il est également tenu de financer un groupe censé représenter le point de vue contraire. Autrement, une telle proposition aurait des répercussions insoutenables. Par exemple, peut-on soutenir que, si le gouvernement choisit de financer un groupe de femmes pour étudier la question de l'avortement en vue d'aider à rédiger un projet de loi, il est tenu, en vertu de la Constitution, d'accorder un financement équivalent à un groupe censé représenter les droits des pères? Si c'était là la portée expresse de l'al. 2b) de la *Charte*, les répercussions sur les dépenses du gouvernement seraient vraiment considérables.

Bien qu'il faille être prudent lorsque l'on se reporte à la doctrine et à la jurisprudence américaines sur le Premier Amendement qui contient la version américaine de la liberté d'expression, je trouve pertinentes les observations du juge O'Connor de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Minnesota State Board for Community Colleges*, précité, à la p. 285:

[TRADUCTION] Le gouvernement prend tellement de décisions de principe qui touchent tellement de personnes que cela risquerait de l'immobiliser si l'établissement de politiques était restreint par des exigences constitutionnelles quant aux personnes qui doivent avoir voix au chapitre. «Il doit y avoir une limite aux interventions des particuliers dans les questions de ce genre si on veut que le gouvernement poursuive ses activités.» [Référence omise.] En l'absence de restrictions légales, l'État doit être libre de consulter qui il veut.

Et elle ajoute, à la p. 287:

[TRADUCTION] Lorsque le gouvernement établit une politique générale, la Constitution ne l'oblige pas à écouter plus que le grand public une catégorie de personnes particulièrement touchées.

With respect to the argument that allowing the participation of one group while not equally permitting the same forum to another group amplifies the former's voice, O'Connor J. remarked as follows (at p. 288):

Amplification of the sort claimed is inherent in government's freedom to choose its advisers. A person's right to speak is not infringed when government simply ignores that person while listening to others.

Therefore, while it may be true that the Government cannot provide a particular means of expression that has the effect of discriminating against a group, it cannot be said that merely by consulting an organization, or organizations, purportedly representing a male or female point of view, the Government must automatically consult groups representing the opposite perspective. It will be rare indeed that the provision of a platform or funding to one or several organizations will have the effect of suppressing another's freedom of speech.

Although it appears that the respondents' arguments relate more closely to an equality argument under s. 15 of the *Charter*, the respondents devoted much of their energy addressing s. 2(b). In either case, regardless of how the arguments are framed, it will be seen that the evidence does not support the conclusions urged by the respondents.

There is no question here of the Government of Canada attempting to suppress NWAC's expression of its point of view with respect to the Constitution. The s. 2(b) argument advanced is dependent on a finding that the funding of and participation by NWAC were essential to provide an equal voice for the rights of women. A corollary to this submission is that the funded groups are not representative of Native women because they advocate a male-dominated aboriginal self-government. This is the submission that was accepted by the Court of Appeal and is the foundation of its judgment. A review of the factual record reveals that there was no evidence to support the contention that the funded groups were less representative of the

Quant à l'argument voulant que permettre la participation d'un certain groupe, tout en n'accordant pas la même tribune à un autre groupe, c'est donner une voix amplifiée au premier groupe, le juge O'Connor fait remarquer ceci, à la p. 288:

[TRADUCTION] L'amplification dont on parle est inhérente à la liberté du gouvernement de choisir ses conseillers. Il n'y a pas violation du droit d'une personne de s'exprimer lorsque le gouvernement ne fait qu'ignorer cette personne et en écouter d'autres.

Par conséquent, quoiqu'il puisse être vrai que le gouvernement ne peut pas fournir un mode particulier d'expression qui est discriminatoire à l'égard d'un groupe, on ne peut pas dire que, dès qu'il consulte un ou des organismes censés représenter le point de vue des hommes ou celui des femmes, il doit automatiquement consulter des groupes représentant le point de vue contraire. Il sera extrêmement rare que la tribune ou le financement offerts à un seul ou à plusieurs organismes auront pour effet de supprimer la liberté de parole d'autrui.

Bien qu'il semble que leurs arguments tiennent davantage d'un argument fondé sur les droits à l'égalité garantis à l'art. 15 de la *Charte*, les intimées ont appliqué une grande partie de leur énergie à traiter de l'al. 2b). Dans l'un ou l'autre cas, peu importe la façon dont les arguments sont formulés, on verra que la preuve ne justifie pas les conclusions demandées par les intimées.

Il ne s'agit pas ici d'une tentative, de la part du gouvernement du Canada, d'empêcher l'AFAC d'exprimer son point de vue relativement à la Constitution. L'argument fondé sur l'al. 2b) repose sur la conclusion que le financement et la participation de l'AFAC étaient essentiels pour que les femmes puissent faire valoir leurs droits également. À titre de corollaire à cette allégation, on soutient que les groupes subventionnés ne sont pas représentatifs des femmes autochtones parce qu'ils préconisent une forme de gouvernement autochtone autonome à prédominance masculine. C'est l'argument que la Cour d'appel a retenu et qui est à la base de son jugement. Il ressort de l'examen des faits consignés au dossier qu'aucun élément de

viewpoint of women with respect to the Constitution. Nor was there any evidence with respect to the level of support of NWAC by women as compared to the funded groups. As well, the evidence does not support the contention that the funded groups advocate a male-dominated form of self-government. At this point, a closer examination of the evidence is necessary in order to illustrate my conclusion.

(b) *The Absence of Evidence Supporting a Violation of Section 2(b) of the Charter*

As the contention of the respondents hinges on the fact that the four funded Aboriginal groups represented a male-dominated point of view and did not represent Aboriginal women, it is necessary to explore the background of AFN, NCC, MNC and ITC as well as NWAC, as revealed by the record. This will assist in determining whether NWAC's position is supportable.

NWAC is a non-profit organization incorporated in 1974. It has a board of directors consisting of the National Speaker, four Regional Executive Leaders, four Regional Youth Representatives and thirteen Regional Representatives. The respondent Stacey-Moore deposes in her affidavit that among the objectives of NWAC is to be the national voice for Aboriginal women and address issues concerning Native women. It is the position of NWAC that the retention of the *Charter* to any form of Aboriginal self-government is essential to the interests of Aboriginal women in striving for equality.

NCC was founded in 1972 as a non-profit organization with the object of advancing the rights and interests of Metis, non-status Indians and off-reserve registered Indians throughout Canada. The affidavit of Ron George, president of NCC, states that it is a national organization consisting of organizations in the provinces and terri-

preuve ne venait étayer la prétention que les groupes subventionnés étaient moins représentatifs du point de vue des femmes sur la Constitution. Il n'y avait non plus aucun élément de preuve concernant l'appui que l'AFAC recevait des femmes comparativement aux groupes subventionnés. De même, la preuve ne permet pas de prétendre que les groupes subventionnés préconisent une forme de gouvernement autonome à prédominance masculine. Là, il me faut procéder à un examen plus approfondi de la preuve pour illustrer ma conclusion.

b) L'absence d'éléments de preuve établissant la violation de l'al. 2b) de la Charte

Comme la prétention des intimées repose sur le fait que les quatre groupes autochtones subventionnés représentaient un point de vue à prédominance masculine et ne représentaient pas les femmes autochtones, il est nécessaire d'examiner les antécédents de l'APN, du CNAC, du RNM, de l'ITC ainsi que de l'AFAC qui ressortent du dossier. Cela aidera à déterminer si la position de l'AFAC est défendable.

L'AFAC est un organisme sans but lucratif qui a été constitué en personne morale en 1974. Elle est dirigée par un bureau composé de la conférencière nationale, de quatre dirigeantes régionales, de quatre représentantes régionales des jeunes et de treize représentantes régionales. L'intimée Stacey-Moore déclare, dans son affidavit, que l'AFAC a notamment pour objectif d'être le porte-parole national des femmes autochtones et de traiter les questions qui concernent les femmes autochtones. L'AFAC est d'avis que le maintien de la *Charte* dans toute forme d'autonomie gouvernementale autochtone est essentiel aux intérêts qu'ont les femmes autochtones à s'efforcer d'obtenir l'égalité.

Le CNAC a été fondé en 1972 en tant qu'organisme sans but lucratif ayant pour objectif l'avancement des droits et des intérêts des Métis, des Indiens non inscrits et des Indiens inscrits vivant hors réserve à travers le Canada. L'affidavit de Ron George, président du CNAC, indique qu'il s'agit d'un organisme national composé d'organismes

tories. NCC has participated in the process of constitutional review in order to ensure that the Aboriginal and treaty rights of all Metis and Indians are protected under any proposed amendments. In his affidavit, Ron George further states that NCC participated in the First Minister's discussions between 1985 and 1987 to develop draft constitutional amendments that would ensure sexual equality and "in particular to ensure that Charter equality guarantees would be provided for under laws passed by aboriginal government institutions operating under a proposed new provision". NCC also worked actively to remove discrimination against women contained in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (formerly R.S.C. 1970, c. I-6). Finally, the president of NCC states that it "has not advocated and does not support any lessening of the rights enjoyed by all Indian and Metis people, male and female, under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*". However, it is the opinion of NCC that under self-government the application of the *Charter* should be a matter left to each Aboriginal nation to decide.

MNC was incorporated in 1985 with the object of determining and expressing the rights and aspirations of the Metis people of Canada as they relate to the Constitution. MNC consists of a federation of provincial and territorial organizations representing the Metis people of those regions. According to Ron Rivard, the Executive Director of MNC, it supports the retention of the *Charter* with respect to Aboriginal self-government. MNC also supported the entrenchment of gender equality between Aboriginal men and women contained in s. 35(4) of the *Constitution Act, 1982*. To the best of Ron Rivard's knowledge, NWAC does not speak for, nor represent the Metis women of Canada.

The president of ITC, Rosemarie Kuptana, took office in 1991. She deposes in her affidavit that

mes provinciaux et territoriaux. Le CNAC a participé au processus de révision de la Constitution afin de s'assurer que les droits ancestraux et issus de traités de tous les Métis et de tous les Indiens soient protégés dans toute proposition de modification. Dans son affidavit, Ron George mentionne également que le CNAC a participé aux discussions des premiers ministres tenues, entre 1985 et 1987, afin de formuler des projets de modification de la Constitution qui garantiraient l'égalité entre les sexes et [TRADUCTION] «notamment, afin de s'assurer que les droits à l'égalité garantis par la Charte seraient prévus dans les lois adoptées par des institutions gouvernementales autochtones qui fonctionneraient en vertu d'une nouvelle disposition projetée». Le CNAC a aussi travaillé activement à l'élimination de la discrimination dont les femmes autochtones étaient victimes dans la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-6). Enfin, le président du CNAC déclare que l'organisme [TRADUCTION] «n'a préconisé et n'appuie aucune diminution des droits dont jouissent tous les Indiens et tous les Métis, hommes et femmes, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*». Cependant, le CNAC est d'avis que, dans un régime d'autonomie gouvernementale, l'application de la *Charte* devrait être laissée à la discrétion de chaque nation autochtone.

Le RNM a été constitué en personne morale en 1985 dans le but de déterminer et d'exprimer les droits et aspirations des Métis du Canada en ce qui concerne la Constitution. Le RNM est une fédération d'organismes provinciaux et territoriaux qui représentent les Métis de ces régions. Selon Ron Rivard, directeur général du RNM, cet organisme appuie le maintien de la *Charte* en ce qui concerne l'autonomie gouvernementale autochtone. Le RNM a également appuyé la consécration, au par. 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, du droit à l'égalité des sexes entre les hommes et les femmes autochtones. À sa connaissance, l'AFAC ne parle pas au nom des Métisses du Canada et ne les représente pas.

La présidente de l'ITC, Rosemarie Kuptana, est entrée en fonction en 1991. Elle déclare, dans son

ITC is a national organization representing Inuit from the Northwest Territories, northern Quebec and Labrador. Furthermore, NWAC does not represent Inuit women, rather they are represented by their own organization called Pauktuutit. She denies that ITC is a male-dominated organization and points to the fact that the Inuit Committee on Constitutional Issues directing the representation of Inuit interests in the constitutional discussions is composed of seven members, three of whom are women. The president of Pauktuutit is a full participating member of the Committee. ITC is willing to consider the implementation of the *Charter* to any future Inuit self-government. The Vice President of Pauktuutit, Martha Greig, deposes that Inuit women will have a full opportunity to express their views on constitutional reform and Inuit self-government through the ITC Committee on Constitutional Issues and with financial assistance provided by ITC.

AFN did not intervene at the Federal Court of Appeal and so there is no evidence from AFN as to its structure or objectives. However, the respondent Stacey-Moore deposes in her affidavit that AFN is comprised of all the Chiefs of Indian Bands in Canada. Of the 633 Member Chiefs, only 60 are women. She also deposes that AFN was strongly opposed to the application of the *Charter* to Aboriginal self-government. AFN denies that it was unalterably opposed to the application of the *Charter* to Native self-governments. Rather, AFN rejected "the undemocratic, non-consensual imposition of the *Charter*, without protection for First Nations' languages, cultures, and traditions". The respondents also allege that AFN did not support their goal of repealing s. 12(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, in order to eliminate the sexual discrimination of that provision. However, the evidence does not support this contention. The *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Indian Affairs and Northern Development*, September 20, 1982 (exhibit M to the affidavit of the respondent Stacey-Moore), reveals that AFN favoured the end to all discriminatory aspects of the *Indian Act* and not merely

affidavit, que l'ITC est un organisme national qui représente les Inuit des territoires du Nord-Ouest, du nord du Québec et du Labrador. De plus, l'AFAC ne représente pas les femmes inuit qui sont plutôt représentées par leur propre organisme appelé Pauktuutit. Elle nie que l'ITC soit un organisme à prédominance masculine et signale que le Comité inuit sur les questions constitutionnelles qui dirige la représentation des intérêts des Inuit dans les discussions sur la Constitution est composé de sept membres, dont trois femmes. La présidente de Pauktuutit est membre à part entière du Comité. L'ITC est disposée à examiner l'application de la *Charte* à tout futur gouvernement inuit autonome. La vice-présidente de Pauktuutit, Martha Greig, affirme que les femmes inuit auront pleinement la chance d'exprimer leur point de vue sur la réforme de la Constitution et l'autonomie gouvernementale des Inuit par l'intermédiaire du Comité de l'ITC sur les questions constitutionnelles et grâce à l'aide financière fournie par l'ITC.

L'APN n'est pas intervenue devant la Cour d'appel fédérale et nous ne disposons donc d'aucun élément de preuve émanant de l'APN au sujet de sa structure ou de ses objectifs. Toutefois, l'intimée Stacey-Moore mentionne, dans son affidavit, que l'APN est composée de tous les chefs de bandes indiennes du Canada. Sur les 633 chefs qui en sont membres, seulement 60 sont des femmes. Elle affirme également que l'APN était fermement opposée à l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes. L'APN nie qu'elle a été inexorablement opposée à l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes. Au contraire, l'APN rejetait [TRADUCTION] «l'imposition non démocratique et non consensuelle de la *Charte*, sans la protection des langues, des cultures et des traditions des premières nations». Les intimées allèguent également que l'APN n'appuyait pas leur objectif de faire abroger l'al. 12(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, afin d'éliminer la discrimination fondée sur le sexe qui résulte de cette disposition. Cependant, la preuve n'appuie pas cette prétention. Les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent des Affaires indiennes et du développement

those relating to the sexual discrimination found in s. 12(1)(b).

I am in complete agreement with the intervener AFN's submissions that there was no evidence before the Federal Court of Appeal, nor before this Court, that AFN or the other funded groups advocated "male-dominated Aboriginal self-governments". Nor was there any evidence to suggest that AFN, NCC, ITC or MNC were less representative of the viewpoint of women with respect to the Constitution. The main argument of NWAC in this regard is that only they were advocating the inclusion of the *Charter* in any negotiated form of Aboriginal self-government. The evidence clearly discloses that of the four funded groups at least MNC also supported its inclusion. Furthermore, NCC did not oppose application of the *Charter*, rather it desired that each Aboriginal self-government be free to determine the issue for itself. ITC was also willing to consider application of the *Charter*. Thus, it was not exclusively the position of NWAC that the *Charter* be maintained.

Furthermore, in a letter dated March 2, 1992 (exhibit A to the supplementary affidavit of Gail Stacey-Moore), the Minister Responsible for Constitutional Affairs wrote the following:

The national Aboriginal associations do represent both men and women from their communities. I encourage you to work within your communities to ensure your views are heard and represented through those associations.

Thus, in the opinion of the Government of Canada as well, the funded organizations were not perpetuating only a male-dominated point of view. Although this is certainly not determinative, it is indicative that a minister of the Crown who was

du Nord canadien, 20 septembre 1982 (pièce M jointe à l'affidavit de l'intimée, Stacey-Moore), révèlent que l'APN favorisait l'abolition de tous les aspects discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* et non seulement de ceux ayant trait à la discrimination fondée sur le sexe qui résulte de l'al. 12(1)(b).

Je suis parfaitement d'accord avec les arguments de l'intervenante, l'APN, selon lesquels il n'y avait, ni devant la Cour d'appel fédérale ni devant notre Cour, aucune preuve que l'APN ou les autres groupes subventionnés préconisaient l'établissement de «gouvernements autochtones autonomes à prédominance masculine». Il n'y avait, de plus, aucune preuve permettant de croire que l'APN, le CNAC, l'ITC ou le RNM étaient moins représentatifs du point de vue des femmes sur la Constitution. Le principal argument de l'AFAC à cet égard est qu'elle est le seul organisme à préconiser l'inclusion de la *Charte* dans toute forme négociée d'autonomie gouvernementale autochtone. La preuve révèle clairement que, sur les quatre groupes subventionnés, il y avait au moins le RNM qui appuyait également son inclusion. De plus, le CNAC ne s'opposait pas à l'application de la *Charte*, mais il souhaitait plutôt que chaque gouvernement autochtone autonome soit libre de trancher lui-même la question. L'ITC était également disposée à étudier la question de l'application de la *Charte*. Donc, l'AFAC n'était pas le seul organisme à soutenir qu'il fallait maintenir la *Charte*.

En outre, dans une lettre en date du 2 mars 1992 (pièce A jointe à l'affidavit supplémentaire de Gail Stacey-Moore), le ministre responsable des Affaires constitutionnelles écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Les associations autochtones nationales représentent effectivement les hommes et les femmes de leurs collectivités. Je vous encourage à travailler au sein de vos collectivités pour vous assurer que vos opinions seront entendues et transmises grâce à ces associations.

Donc, le gouvernement du Canada était lui aussi d'avis que les organismes subventionnés ne perpétuaient pas seulement un point de vue à prédominance masculine. Bien que ce ne soit certainement pas déterminant, cela montre qu'un ministre du

familiar with the position and views advanced by them regarded the four national organizations as *bona fide* representatives of Aboriginal persons.

It is evident from the record that NWAC had the opportunity to express its ideas both directly to the Government as well as through the four Aboriginal representative organizations. The trial judge made the following statement regarding NWAC's participation in the process (at pp. 479-80):

On the facts it is evident that the Native Women's Association of Canada has had and will continue to have many opportunities to express its views, both to the appropriate political authorities, to the public and even to the groups which will participate in the Conference, some at least of whom share the Native Women's Association of Canada's concern respecting the continued application of the Charter to aboriginal people. Undoubtedly the more money placed at their disposal the louder their voice could be heard, but it certainly cannot be said that they are being deprived of the right of freedom of speech in contravention of the Charter.

An example of NWAC's public participation in the process is found in its submissions to the Beaudoin-Dobbie Committee. The 1992 *Report of the Special Joint Committee on a Renewed Canada* (exhibit 2 on cross-examination of Gail Stacey-Moore) made specific reference to the submissions made by NWAC and incorporated into the report NWAC's recommendation that the *Charter* apply to Aboriginal self-government.

The evidence is also indicative of the fact that Aboriginal women, including members of NWAC, did have a direct voice regarding the position of the funded groups with respect to the constitutional discussions. NWAC participated in the parallel process set up by the four national Aboriginal organizations to discuss constitutional reform. For example, the respondent Stacey-Moore and other women secured positions on the Constitutional Working Group of the AFN. The respondent McIvor was the NWAC representative to the AFN Constitutional Commission, while Jane Gottfriedson, President of the British Columbia Native

gouvernement qui était familier avec la position et les opinions avancées par les quatre organismes nationaux les considérait comme des représentants de bonne foi des autochtones.

Il ressort clairement du dossier que l'AFAC a eu la possibilité de faire connaître ses idées tant directement au gouvernement que par l'intermédiaire des quatre organismes représentant les autochtones. Le juge de première instance dit ceci, aux pp. 479 et 480, au sujet de la participation de l'AFAC au processus:

Compte tenu des faits, il est évident que [l'Association des femmes autochtones du Canada] a eu et continuera à avoir de nombreuses occasions de faire connaître son point de vue, tant aux autorités politiques compétentes qu'au public, et même aux groupes qui participeront à la conférence, dont certains du moins partagent la préoccupation de cette association en ce qui concerne le maintien de l'application de la Charte aux peuples autochtones. Sans aucun doute, plus on mettra d'argent à la disposition de ce groupe, plus il élèvera la voix, mais on ne peut certainement pas dire qu'il est privé de la liberté de parole en violation de la Charte.

Les observations présentées par l'AFAC au comité Beaudoin-Dobbie constituent un exemple de sa participation publique au processus. Le *Rapport du comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada* de 1992 (pièce 2 du contre-interrogatoire de Gail Stacey-Moore) mentionnait précisément les observations de l'AFAC et incorporait la recommandation de l'AFAC concernant l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones autonomes.

La preuve montre également que les femmes autochtones, y compris les membres de l'AFAC, avaient directement voix au chapitre quant à la position des groupes subventionnés en ce qui concernait les discussions sur la Constitution. L'AFAC a participé au processus parallèle mis sur pied par les quatre organismes autochtones nationaux pour discuter de la réforme constitutionnelle. Par exemple, l'intimée Stacey-Moore et d'autres femmes ont obtenu des places au sein du groupe de travail de l'APN sur la Constitution. L'intimée McIvor était la représentante de l'AFAC à la Commission de l'APN sur la Constitution, tandis que

Women's Society (affiliated with NWAC) was appointed to the NCC Constitutional Commission. As well, on March 13, 14 and 15, 1992, an Aboriginal Conference on the Constitution was held in Ottawa. After a sustained effort, NWAC secured eight official seats and four observers out of a total of 184 delegates.

Furthermore, NWAC also received some of the Government funding under the Contribution Agreements, as all four groups were required to direct a portion of the funds received specifically to address women's issues. AFN and NCC each supplied \$130,000 to NWAC. ITC contributed \$170,000 to its women's organization, Pauktuutit, for research and other work related to constitutional affairs and more funding was expected. Pauktuutit, as the representative of Inuit women, was actively involved in the constitutional process.

Rather than illustrate that the funded groups advocated male-dominated Aboriginal self-government, the evidence discloses that the four funded groups made efforts to include the viewpoint of women. As well, there was no evidence to suggest that NWAC enjoyed any higher level of support amongst Aboriginal women as compared to the funded Aboriginal groups.

(c) *Conclusions on Sections 2(b) and 28 of the Charter*

The freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter* does not guarantee any particular means of expression or place a positive obligation upon the Government to consult anyone. The right to a particular platform or means of expression was clearly rejected by this Court in *Haig*. The respondents had many opportunities to express their views through the four Aboriginal groups as well as directly to the Government, for example, through the Beaudoin-Dobbie Commission. NWAC even took the opportunity to express its concerns directly to the Minister Responsible for

Jane Gottfriedson, présidente de la British Columbia Native Women's Society (affiliée à l'AFAC) a été nommée à la Commission du CNAC sur la Constitution. De plus, les 13, 14 et 15 mars 1992, une conférence autochtone sur la Constitution a eu lieu à Ottawa. Grâce à des efforts soutenus, l'AFAC a obtenu huit sièges officiels et quatre postes d'observateur sur un total de 184 délégués.

En outre, l'AFAC a également eu droit à une partie des deniers publics versés aux termes des accords de contribution, étant donné que les quatre groupes étaient tenus de consacrer une partie des fonds reçus spécialement aux questions concernant les femmes. L'APN et le CNAC ont fourni chacun 130 000 \$ à l'AFAC. L'ITC a versé 170 000 \$ à son organisme féminin, Pauktuutit, pour des recherches et autres travaux relatifs aux affaires constitutionnelles, et d'autres fonds étaient attendus. Ce dernier organisme, à titre de représentant des femmes inuit, a participé activement au processus constitutionnel.

Plutôt que de montrer que les quatre groupes subventionnés préconisaient l'établissement de gouvernements autochtones autonomes à prédominance masculine, la preuve révèle que ces groupes se sont efforcés d'inclure le point de vue des femmes. De même, il n'y avait aucune preuve que les femmes autochtones appuyaient davantage l'AFAC que les groupes autochtones subventionnés.

c) *Les conclusions sur l'al. 2b) et l'art. 28 de la Charte*

La liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de consulter quiconque. Notre Cour a, dans l'arrêt *Haig*, clairement rejeté le droit à une tribune précise ou à un mode précis d'expression. Les intimées ont eu de nombreuses occasions de faire connaître leur point de vue par l'intermédiaire des quatre groupes autochtones ainsi que directement au gouvernement, par exemple, grâce au comité Beaudoin-Dobbie. L'AFAC a même profité de l'occasion pour faire part de ses préoccupations.

Constitutional Affairs and received a response, albeit one that did not satisfy NWAC.

Even assuming that in certain extreme circumstances, the provision of a platform of expression to one group may infringe the expression of another and thereby require the Government to provide an equal opportunity for the expression of that group, there was no evidence in this case to suggest that the funding or consultation of the four Aboriginal groups infringed the respondents' equal right of freedom of expression. The four Aboriginal groups invited to discuss possible constitutional amendments are all *bona fide* national representatives of Aboriginal people in Canada and, based on the facts in this case, there was no requirement under s. 2(b) of the *Charter* to also extend an invitation and funding directly to the respondents.

Although I would hope that it is evident from these reasons, I wish to stress that nothing stated in them is intended to detract in any way from any contention by or on behalf of Aboriginal women that they face racial and sexual discrimination which impose serious hurdles to their equality.

(3) Section 15(1) of the *Charter*: Equality Rights

It seems that the respondents' contentions regarding ss. 2(b) and 28 of the *Charter* are better characterized as a s. 15 *Charter* argument. As L'Heureux-Dubé J. stated in *Haig, supra*, the allegations that a platform of expression has been provided on a discriminatory basis are preferably dealt with under s. 15.

The respondents contend that the refusal to fund NWAC and invite them to be equal participants at the round of constitutional discussions violated their rights under s. 15(1) of the *Charter* due to the under-inclusive nature of the Government's decision. Again relying on *Haig* in their factum, the

cupations directement au ministre responsable des Affaires constitutionnelles et a reçu une réponse, quoique non satisfaisante pour elle.

Même en supposant que, dans certaines circonstances extrêmes, le fait d'offrir à un certain groupe une tribune pour favoriser l'expression puisse porter atteinte à la liberté d'expression d'un autre groupe et imposer, en conséquence, au gouvernement l'obligation de fournir à cet autre groupe une chance équivalente de s'exprimer, il n'y avait, en l'espèce, aucune preuve que le financement ou la consultation des quatre groupes autochtones violait le droit des intimées à une liberté égale d'expression. Les quatre groupes autochtones invités à discuter de modifications constitutionnelles éventuelles étaient tous des représentants nationaux de bonne foi des autochtones du Canada et, d'après les faits de la présente affaire, il n'y avait aucune obligation, en vertu de l'al. 2b) de la *Charte*, de lancer également une invitation aux intimées et de les financer directement.

Même si j'espère que cela ressort clairement des présents motifs, je tiens à souligner que rien de ce qui y est déclaré ne vise à diminuer de quelque façon toute prétention par les femmes autochtones, ou pour leur compte, qu'elles sont victimes d'une discrimination fondée sur la race et le sexe qui fait grandement obstacle à leur égalité.

(3) Le paragraphe 15(1) de la *Charte*: les droits à l'égalité

Il semble que les prétentions des intimées relativement à l'al. 2b) et à l'art. 28 de la *Charte* tiennent davantage d'un argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. Comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Haig*, précité, les allégations voulant qu'on ait fourni de façon discriminatoire une tribune pour favoriser l'expression concernent plutôt l'art. 15.

Les intimées soutiennent que le refus de financer l'AFAC et de l'inviter à participer également aux discussions constitutionnelles violait les droits que lui garantissait le par. 15(1) de la *Charte* en raison de la nature trop limitative de la décision du gouvernement. Invoquant de nouveau l'arrêt *Haig*

respondents submit that an equality 'claim' may involve the provision of means of expression to certain groups or individuals.

I have concluded that the arguments of the respondents with respect to s. 15 must also fail. The lack of an evidentiary basis for the arguments with respect to ss. 2(b) and 28 is equally applicable to any arguments advanced under s. 15(1) of the *Charter* in this case. I agree with the Court of Appeal that s. 15(1) is of no assistance to the respondents.

(4) Section 35 of the *Constitution Act, 1982*: Existing Aboriginal and Treaty Rights

I also agree with the conclusions of the Court of Appeal with respect to the inapplicability of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to the present case. The right of the Aboriginal people of Canada to participate in constitutional discussions does not derive from any existing Aboriginal or treaty right protected under s. 35. Therefore, s. 35(4) of the *Constitution Act, 1982*, which guarantees Aboriginal and treaty rights referred to in s. 35(1) equally to male and female persons, is of no assistance to the respondents.

VI. Disposition

I respectfully disagree with the conclusion of the Federal Court of Appeal that the failure to provide funding to the respondents and invite them as equal participants in the constitutional discussions violated their rights under ss. 2(b) and 28 of the *Charter*.

I am, however, in agreement with the Federal Court of Appeal that s. 15(1) of the *Charter* and s. 35 of the *Constitution Act, 1982* have no application in this case.

Therefore, I would allow the appeal, set aside the declaration made by the Federal Court of Appeal and restore the judgment of Walsh D.J.

dans leur mémoire, les intimées soutiennent que la revendication des droits à l'égalité peut mettre en jeu l'obligation de fournir un mode d'expression à certains groupes ou individus.

Je suis arrivé à la conclusion qu'il faut aussi rejeter les arguments des intimées en ce qui concerne l'art. 15. En l'espèce, il n'y a pas davantage de preuve à l'appui des arguments fondés sur le par. 15(1) de la *Charte* qu'il n'en existe à l'égard de ceux fondés sur l'al. 2b) et l'art. 28. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le par. 15(1) n'est d'aucun secours aux intimées.

(4) L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*: les droits existants — ancestraux et issus de traités — des autochtones

Je souscris également aux conclusions de la Cour d'appel quant à l'inapplicabilité de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à la présente affaire. Le droit des peuples autochtones du Canada de participer aux discussions sur la Constitution ne découle d'aucun droit existant — ancestral ou issu de traités — protégé par l'art. 35. Par conséquent, le par. 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui garantit également aux personnes des deux sexes les droits existants — ancestraux et issus de traités — visés au par. 35(1), n'est d'aucun secours aux intimées.

VI. Dispositif

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle l'omission de verser des fonds aux intimées et de les inviter à participer également aux discussions sur la Constitution violait les droits que leur garantissaient l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte*.

Je suis toutefois d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que le par. 15(1) de la *Charte* et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne s'appliquent pas en l'espèce.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement déclaratoire prononcé par la Cour d'appel fédérale et de rétablir le jugement du

with costs to the appellant both here and in the Court of Appeal if demanded.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case concerns the freedom of expression and the right to equality guaranteed by ss. 2(b) and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and further raises the issue of whether these provisions impose upon the state a positive obligation to fund and offer a voice to a specific organization deemed to hold pro-*Charter* views with respect to Aboriginal self-government. More particularly, this Court is being asked whether the free expression of conflicting views, i.e., those of the Native Women's Association of Canada and opposing ones of other organizations, must be equally promoted by the state.

Although I am in general agreement with my colleague Sopinka J.'s reasons as well as with the result he reaches, I feel that since he relies in great part on *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, his interpretation of this case mandates some comments on my part.

Haig stands for the following proposition (at p. 1041):

While s. 2(b) of the *Charter* does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. The traditional rules of *Charter* scrutiny continue to apply. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion, and particularly not on a ground prohibited under s. 15 of the *Charter*. [Emphasis added.]

Consequently, I cannot agree with my colleague when he states that *Haig* "establishes the principle that generally the government is under no obligation to fund or provide a specific platform of

juge Walsh, avec dépens en faveur de l'appelante tant devant notre Cour que devant la Cour d'appel, s'ils sont demandés.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi a trait à la liberté d'expression et au droit à l'égalité que consacrent l'al. 2b) et l'art. 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et soulève la question de savoir si, aux termes de ces dispositions, l'État est tenu à une obligation positive de subventionner et d'offrir un droit de parole à un organisme dont les vues privilégient l'application de la *Charte* en matière d'autonomie gouvernementale autochtone. Plus particulièrement, la question qui nous est soumise est de savoir si l'État doit promouvoir de manière égale la libre expression de vues contradictoires, c'est-à-dire les vues de l'Association des femmes autochtones du Canada et les vues contraires que soutiennent d'autres organismes.

Bien que je sois d'accord, de façon générale, tant avec les motifs de mon collègue le juge Sopinka qu'avec le résultat auquel il en arrive, je crois devoir faire les commentaires suivants compte tenu de l'importance qu'accorde mon collègue à l'affaire *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

Le principe suivant est énoncé dans l'affaire *Haig* (à la p. 1041):

... quoique l'al. 2b) de la *Charte* ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Les règles traditionnelles qui régissent l'examen fondé sur la *Charte* continuent à s'appliquer. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination, surtout si cette discrimination se fonde sur un motif prohibé par l'art. 15 de la *Charte*. [Je souligne.]

En conséquence, je ne peux être d'accord avec mon collègue lorsqu'il déclare que l'affaire *Haig* «établit le principe selon lequel le gouvernement n'est pas tenu, en général, de verser des fonds à un

expression to an individual or a group” (p. 655). In my view, *Haig* rather stands for the proposition that the government in that particular case was under no constitutional obligation to provide for the right to a referendum under s. 2(b) of the *Charter*, but that if and when the government does decide to provide a specific platform of expression, it must do so in a manner consistent with the *Charter*.

This Court has always fostered a broad approach to the interpretation of s. 2(b) of the *Charter*, freedom of expression being an important aspect of the healthy functioning of the democratic process (see, *inter alia*: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927). *Haig* is consistent with this approach in that it underlines the possible consequences of disparate financing of viewpoints and the importance of promoting a variety of views. It is also recognised in *Haig*, at p. 1037, “that a philosophy of non-interference may not in all circumstances guarantee the optimal functioning of the marketplace of ideas” (emphasis added).

The approach in *Haig* is one that in fact affords significant relevance to circumstances, and this is why I am of the view that in certain ones, funding or consultation may be mandated by the Constitution by virtue of the fact that when the government does decide to facilitate the expression of views, it must do so in a manner that is mindful of the *Charter*. In this respect, one must note that the circumstances in which the government may be held to a positive obligation in terms of providing a specific platform of expression invariably depend on the nature of the evidence presented by the parties.

In the present case, the evidence demonstrates that the complainant organization was not prevented from expressing its views, albeit not in the way it would have desired. I would therefore agree that on its facts, this case does not give rise to a positive obligation analogous to the type referred to in *Haig* since not providing the complainant organization with the funding and constitutional

individu ou à un groupe, ni de leur fournir une tribune précise pour favoriser l’expression» (p. 655). À mon sens, l’affaire *Haig* énoncé plutôt que, dans le contexte particulier de cette affaire, le gouvernement n’était pas constitutionnellement tenu, aux termes de l’al. 2b) de la *Charte*, d’accorder le droit à un référendum mais que, lorsqu’il s’engage effectivement à fournir une tribune spécifique, il doit le faire d’une manière qui soit conforme à la *Charte*.

Notre Cour a toujours interprété l’al. 2b) de la *Charte* de façon large et libérale, la liberté d’expression étant une composante importante du bon fonctionnement du processus démocratique (voir, notamment, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927). L’affaire *Haig* s’inscrit dans cette veine en ce sens qu’on y souligne les conséquences possibles d’un financement disparate de vues et l’importance de promouvoir une diversité d’opinions. Il est aussi précisé, à la p. 1037 de l’affaire *Haig*, que «la philosophie de non-ingérence ne permettra peut-être pas, dans tous les cas, d’assurer le fonctionnement optimal du libre échange des idées» (je souligne).

L’approche adoptée dans l’affaire *Haig* en est une qui accorde une importance accrue aux faits, et c’est pour cette raison que je suis d’avis que, dans certaines circonstances, il est possible que le financement ou la consultation puissent être exigés par la Constitution étant donné que, lorsque le gouvernement s’engage effectivement à faciliter l’expression de vues, il doit le faire d’une manière qui soit respectueuse de la *Charte*. À cet égard, il faut souligner que les situations factuelles dans lesquelles le gouvernement peut être tenu à une obligation positive de fournir une tribune spécifique sont forcément tributaires de la nature de la preuve présentée par les parties.

Dans la présente affaire, la preuve démontre que l’organisme alléguant une violation de la *Charte* n’a pas été empêché d’exprimer ses vues, bien qu’il n’ait pas eu l’occasion de le faire de la façon souhaitée. Je suis donc d’accord pour conclure qu’à la lumière des faits, cette affaire ne donne pas lieu à une obligation positive analogue à celle dont il est question dans l’affaire *Haig*, car le fait de ne

voice requested did not amount to a breach of its freedom of expression. However, I cannot resist reiterating that pursuant to *Haig*, had the government extended such a platform of expression to other organizations in a manner that had had the effect of violating the complainant organization's freedom of expression, this would most definitely have amounted to a breach of s. 2(b) of the *Charter*. In other words, the outcome of the present case should in no way be interpreted as limiting the proposition for which *Haig* stands for.

In the result, I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I would allow the appeal on the ground that the freedom of governments to choose and fund their advisors on matters of policy is not constrained by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this respect I would adopt the statements of O'Connor J. in *Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight*, 465 U.S. 271 (1984), cited by Sopinka J. in his reasons for judgment. I would distinguish the policy consultations at issue in this case from a formal electoral vote of the type at issue in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995. I find it unnecessary to determine whether the evidence was capable of demonstrating a violation of the Native Women's Association of Canada's rights under s. 2(b) or s. 15 of the *Charter*.

I would dispose of the appeal as proposed by Sopinka J.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Inuit Tapirisat of Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

pas avoir fourni le financement et le droit de parole constitutionnel demandés à l'organisme en question n'a pas porté atteinte à sa liberté d'expression. Ceci dit, je ne peux m'empêcher de réitérer que si le gouvernement avait fourni une telle tribune à d'autres organismes d'une manière qui aurait eu pour effet de porter atteinte à la liberté d'expression de l'organisme en question, il y aurait violation de l'al. 2b) de la *Charte*. En d'autres termes, l'issue ici ne doit d'aucune façon être interprétée comme une limite au principe posé par l'affaire *Haig*.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — J'accueillerais le pourvoi pour le motif que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne restreint pas la liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale. À cet égard, j'adopterais les propos du juge O'Connor dans l'affaire *Minnesota State Board for Community Colleges c. Knight*, 465 U.S. 271 (1984), que le juge Sopinka cite dans ses motifs de jugement. J'établirais une distinction entre les consultations de principe ici en cause et le genre de vote électoral officiel dont il était question dans l'arrêt *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995. Je juge inutile de déterminer si la preuve était susceptible d'établir l'existence d'une violation des droits garantis à l'Association des femmes autochtones du Canada par l'al. 2b) ou l'art. 15 de la *Charte*.

Je statuerai sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Sopinka.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs des intimées: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Inuit Tapirisat du Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

*Solicitors for the intervener the Assembly of
First Nations: Scott & Ayles, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des
premières nations: Scott & Ayles, Ottawa.*