

A-771-00  
2002 FCA 485

A-771-00  
2002 CAF 485

**Chippewas of Nawash First Nation, Paul Jones, and Chief Ralph Akiwenzie** (*Appellants*)

**Première nation des Chippewas de Nawash, Paul Jones et le chef Ralph Akiwenzie** (*appelants*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen, as represented by The Minister of Fisheries and Oceans and The Minister of Indian Affairs and Northern Development** (*Respondents*)

**Sa Majesté la Reine, représentée par le ministre des Pêches et des Océans et par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien** (*intimés*)

*INDEXED AS: CHIPPEWAS OF NAWASH FIRST NATION v. CANADA (MINISTER OF FISHERIES AND OCEANS) (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION DES CHIPPEWAS DE NAWASH c. CANADA (MINISTRE DES PÊCHES ET DES OCÉANS) (C.A.)*

Court of Appeal, Linden, Sexton and Sharlow JJ.A.—  
Toronto, November 19; Ottawa, December 10, 2002.

Cour d'appel, juges Linden, Sexton et Sharlow, J.C.A.—  
Toronto, 19 novembre; Ottawa, 10 décembre 2002.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Chippewas of Nawash First Nation, Indian band with reserve at Cape Croker, Georgian Bay, arguing federal government's Aboriginal Fisheries Strategy (AFS) breaching Charter s. 15(1) due to band's exclusion — AFS not extending to inland fisheries — Management of inland fisheries turned over to provinces century ago — F.C.T.D. Judge conducting s. 15 analysis established by S.C.C. in Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) — Purpose to prevent violation of essential human dignity through stereotyping, imposition of disadvantage — Judge accepting comparator group proposed by Nawash — Whether, however, reverted to jurisdiction-based comparator group as suggested by government — Opinion of Bastarache J. in Lavoie v. Canada considered — F.C.T.D. Judge found distinction drawn by AFS not based on personal characteristic — End of matter since s. 15 claim fails if negative answer to first Law analysis question — Judge's comments on second, third steps of Law analysis obiter dicta — S.C.C. decision in Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs) discussed regarding issue as to whether distinction based on analogous grounds — Province of residence as yet unrecognized as analogous ground — As to whether differential treatment was discriminatory, F.C.T.D. Judge considered contextual factors, not convinced AFS functioned by stereotype — Appellants' rights denied due to fact Ontario regulates fishery as property, civil rights — Appellants' AFS exclusion not perpetuating any stereotype forming basis of historical discrimination faced by Aboriginal peoples — Underinclusive ameliorative program not inconsistent with Charter, s. 15(1) — Case at bar on all fours with Lovelace v. Ontario wherein S.C.C. upheld exclusion from ameliorative casino project — More than common need necessary to establish ameliorative program discriminates, contrary to s. 15(1) — Even if appellants felt left out, F.C.T.D. Judge correctly found reasonable man, in*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Première nation des Chippewas de Nawash, une bande indienne dont la réserve occupe le cap Croker, dans la baie Georgienne, soutenait que la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA) établie par le gouvernement fédéral violait l'art. 15(1) de la Charte parce que la bande en était exclue — La SPA ne s'appliquait pas aux pêches intérieures — La gestion des pêches intérieures a été déléguée aux provinces au début du siècle dernier — Le juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. avait appliqué l'analyse relative à l'art. 15 établie par la C.S.C. dans Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) — L'objet était d'empêcher toute atteinte à la dignité humaine essentielle par l'imposition de stéréotypes et de désavantages — Le juge a accepté le groupe de comparaison soumis par les Nawash — Toutefois, il s'agissait de savoir s'il était revenu au groupe de comparaison fondé sur la compétence proposé par le gouvernement — Examen de l'avis exprimé par le juge Bastarache dans Lavoie c. Canada — Le juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a conclu que la distinction établie par la SPA n'était pas fondée sur une caractéristique personnelle — Cela mettait fin à l'analyse étant donné qu'une demande fondée sur l'art. 15 est rejetée s'il est répondu par la négative à la première question de l'analyse préconisée dans Law — Les remarques faites par le juge aux deuxième et troisième étapes de l'analyse préconisée dans Law constituaient des remarques incidentes — Le jugement rendu par la C.S.C. dans Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) a été examiné à l'égard de la question de savoir si la distinction était fondée sur des motifs analogues — La province de résidence n'a pas encore été reconnue en tant que motif analogue — Quant à la question de savoir si la différence de traitement était discriminatoire, le juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a examiné les facteurs contextuels; il n'était pas convaincu que la SPA reposait sur des stéréotypes — Les droits des appelants ont été refusés parce que l'Ontario*

*similar circumstances, would not feel dignity demeaned by AFS exclusion — Though case law now recognizes subtle forms of discrimination, s. 15 not intended to thwart programs to eradicate disadvantage in particular situations.*

*Native Peoples — Chippewas of Nawash First Nation having reserve at Cape Croker, Georgian Bay, arguing federal government's Aboriginal Fisheries Strategy (AFS) infringing Charter, s. 15 due to band's exclusion — Nawash fishers from time immemorial — Fishing still of economic, cultural importance — Having Aboriginal right to commercial fishery — AFS touted as increasing First Nations' economic opportunities, foundation for new "social contract" among Aboriginal people, non-native fishers, government — Most AFS funding going to Aboriginal peoples fishing tidal waters — Management of inland fisheries handed over to provinces century ago — Trial Judge correctly finding distinction drawn by AFS not based on personal characteristic — S. 15 claim fails for negative answer to initial inquiry mandated by S.C.C. in Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration) — F.C.A. not without sympathy for arguments as to importance of particular location to Nawash as immutable personal characteristic essential to identity — Distinction not based on analogous grounds — S.C.C. has declined to recognize Aboriginality-residence per se as analogous ground, only "off-reserve status", limited subset — AFS did not perpetuate stereotypes forming basis of historical discrimination against Aboriginal peoples — AFS similar to program (casino project) upheld by S.C.C. in Lovelace v. Ontario — To find such programs violate Charter equality rights disincentive to new programs to ameliorate depressed social, economic conditions of Aboriginal communities — Argument refusal to apply AFS in Ontario due to administrative, fiscal convenience, not constitutional incompetence, "red-herring" — Fiduciary duty not breached.*

*réglemente la pêche en vertu de ses pouvoirs en matière de propriété et de droits civils — L'exclusion des appelants du champ d'application de la SPA ne perpétuait pas les stéréotypes servant de fondement à la discrimination à laquelle avaient toujours fait face les peuples autochtones — Un programme ayant un objet améliorateur mais un champ d'application trop limitatif n'est pas incompatible avec l'art. 15(1) de la Charte — La présente espèce correspondait exactement à l'affaire Lovelace c. Ontario dans laquelle la C.S.C. avait confirmé l'exclusion d'un projet de casino améliorateur — Il faut plus qu'un besoin commun pour établir qu'un programme améliorateur crée de la discrimination en violation de l'art. 15(1) — Même si les appelants se croyaient oubliés, le juge de la C.F. 1<sup>re</sup> inst. a correctement conclu qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation similaire ne croirait pas que l'exclusion de la SPA portait atteinte à sa dignité — La jurisprudence reconnaît maintenant des formes subtiles de discrimination, mais l'art. 15 n'était pas destiné à nuire à des programmes visant à éliminer un désavantage dans des cas particuliers.*

*Peuples autochtones — La Première nation des Chippewas de Nawash, dont la réserve occupait le cap Croker, dans la baie Georgienne, soutenait que la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA) du gouvernement fédéral violait l'art. 15 de la Charte parce que la bande en était exclue — Les Nawash pratiquaient la pêche depuis des temps immémoriaux — La pêche demeure une activité importante, pour des raisons économiques et culturelles — Les Nawash possèdent un droit ancestral de pratiquer la pêche commerciale — La SPA avait été annoncée comme étant destinée à accroître les perspectives économiques des Premières nations, la base d'un nouveau «contrat social» entre les peuples autochtones, les pêcheurs non autochtones et le gouvernement — Presque tous les fonds de la SPA étaient alloués aux peuples autochtones qui pêchaient dans les eaux de marée — La gestion des pêches intérieures a été déléguée aux provinces au début du siècle dernier — Le juge de première instance a correctement conclu que la distinction établie par la SPA n'était pas fondée sur une caractéristique personnelle — La demande fondée sur l'art. 15 a été rejetée puisqu'il avait été répondu par la négative à la première question énoncée par la C.S.C. dans Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) — La C.A.F. comprenait les arguments relatifs à l'importance de l'emplacement particulier pour les Nawash en tant que caractéristique personnelle immuable essentielle à leur identité — La distinction n'était pas fondée sur des motifs analogues — La C.S.C. a refusé de reconnaître l'autochtonité-résidence en soi comme motif analogue, mais elle a uniquement reconnu un sous-ensemble restreint, la «qualité de membres hors réserve» — La SPA ne perpétuait pas les stéréotypes servant de fondement à la discrimination à laquelle avaient toujours fait face les peuples autochtones — La SPA était semblable à un programme (un projet de casino) confirmé par la C.S.C. dans Lovelace c. Ontario — Conclure que pareils programmes violent les dispositions de la Charte*

*Fisheries — Aboriginal Fisheries Strategy (AFS) — Nawash First Nation, having reserve on Georgian Bay, arguing AFS, administered by Minister of Fisheries and Oceans, violates Charter, s. 15 due to band's exclusion — Nawash fishers since time immemorial, having right to commercial fishery — AFS touted as program to stabilize fishery, increase economic opportunities for First Nations, new "social contract" among government, Aboriginal groups, non-native fishers — AFS funding not extending to inland fisheries, management of which had been turned over to provinces century ago — Perhaps constitutionally possible federal government could alter administrative arrangement with provinces but not required to do so by Charter — No breach of Charter, fiduciary duty.*

This was an appeal from the decision of Dawson J. of the Trial Division dismissing appellants' claim alleging a violation of Charter, subsection 15(1) and breach of fiduciary duty arising from their exclusion from the Aboriginal Fisheries Strategy (AFS), a federal program. The principal issue herein was whether the government can exclude the Chippewas of Nawash First Nation from the AFS without infringing the Charter.

The Chippewas of Nawash First Nation is an Ojibwa Indian band having its reserve at Cape Croker, Georgian Bay. The AFS is administered by the Minister of Fisheries and Oceans, one of the respondents. The Nawash People have been fishers since time immemorial and fishing remains of economic and cultural importance to the community. Respondents acknowledged that the Nawash possess an Aboriginal right to a commercial fishery as well as a right to fish for food and ceremonial purposes.

Following the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, the AFS was announced as a program intended to "stabilize the fishery and to increase economic opportunities for First Nations". It was to be the foundation for a new "social contract" among government, Aboriginal people and non-native fishers. Appellants, along

*relatives aux droits à l'égalité sert à décourager la création de nouveaux programmes destinés à améliorer la situation sociale et économique défavorisée des collectivités autochtones — Il a été soutenu que le refus d'appliquer la SPA en Ontario pour des raisons de commodité administrative et financière et non pour un défaut de compétence sur le plan constitutionnel est un «faux-fuyant» — Il n'y avait pas eu manquement à l'obligation fiduciaire.*

*Pêches — Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA) — La Première nation Nawash, dont la réserve était située près de la baie Georgienne, avait soutenu que la SPA, administrée par le ministre des Pêches et des Océans, violait l'art. 15 de la Charte parce que la bande en était exclue — Les Nawash pratiquaient la pêche depuis des temps immémoriaux et possédaient un droit de pêcher à des fins commerciales — La SPA avait été annoncée en tant que programme destiné à stabiliser la pêche, à accroître les perspectives économiques des Premières nations, un nouveau «contrat social» conclu entre le gouvernement, les peuples autochtones et les pêcheurs non autochtones — Les fonds de la SPA ne s'appliquaient pas aux pêches intérieures, dont la gestion avait été déléguée aux provinces au début du siècle dernier — Sur le plan constitutionnel, il serait peut-être possible pour le gouvernement fédéral de modifier l'arrangement administratif auquel il est arrivé avec les provinces, mais la Charte ne l'oblige pas à le faire — Il n'y a pas eu violation de la Charte ou d'une obligation fiduciaire.*

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle le juge Dawson, de la Section de première instance, avait rejeté la demande dans laquelle les appelants alléguaient qu'il y avait eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte et manquement à une obligation fiduciaire par suite de leur exclusion d'un programme fédéral, la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA). En l'espèce, il s'agissait principalement de savoir si le gouvernement pouvait exclure la Première nation des Chippewas de Nawash de la SPA sans contrevenir à la Charte.

La Première nation des Chippewas de Nawash est une bande composée d'Indiens Ojibwés dont la réserve occupe le cap Croker, qui avance dans la baie Georgienne. La SPA est administrée par l'un des intimés, le ministre des Pêches et des Océans. Le peuple Nawash pratique la pêche depuis des temps immémoriaux; la pêche demeure une activité importante pour la collectivité, et ce, pour des raisons économiques et culturelles. Les intimés ont reconnu qu'en plus de leur droit de pêcher à des fins alimentaires et rituelles, les Nawash possèdent un droit ancestral de pratiquer la pêche commerciale.

À la suite du jugement prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la SPA a été annoncée en tant que programme destiné à «stabiliser la pêche et à accroître les perspectives économiques des Premières nations». Ce programme devait constituer la base d'un nouveau «contrat social» conclu entre le

with other Aboriginal groups involved in inland fishing, have been denied AFS funding. Most AFS money has gone to Aboriginal peoples fishing in tidal waters, 70% for British Columbia and the remainder for the Atlantic region and the North. In 1993, the Nawash were advised of their ineligibility for AFS funding because the AFS does not extend to inland fisheries within provincial boundaries. Management of these fisheries had been turned over to the provinces at the turn of the century. This delegation of authority occurred in 1899, subsequent to a decision of the Judicial Committee of the Privy Council on a constitutional reference. Since then, DFO has had little involvement in managing fisheries in Ontario's non-tidal waters.

The Nawash brought an action in Federal Court, claiming a declaration that Charter, section 15, was violated by the AFS in that they were deprived of equality before and under the law, denied equal protection under the law and discriminated against due to their geographic location.

The Trial Division Judge followed the framework for a Charter, subsection 15(1) analysis established by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* and began by recognizing that the purpose of the subsection is to "prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice". The Judge appreciated the necessity for a comparator group. Appellants proposed as the comparator Aboriginal fishing communities which are eligible for AFS benefits. Respondents suggested that the comparator group be refined to those Aboriginal people who can satisfy the necessary precondition that they are prepared to enter into a co-management agreement with the DFO, and who are in a location where DFO has authority to manage the fishery. The Judge rejected the refinement put forward by respondents.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Upon appeal it was argued that, while the Judge accepted the comparator group proposed by the appellants, at crucial stages of the section 15 analysis she reverted to the jurisdiction-based comparator group suggested by respondent. Appellants cited the recent Supreme Court of Canada decision in *Lavoie v. Canada* as authority for the proposition that a division-of-powers analysis has no place in a section 15

gouvernement, les peuples autochtones et les pêcheurs non autochtones. Les appelants, ainsi que d'autres groupes autochtones se livrant à la pêche intérieure, se sont vu refuser l'accès au financement accordé dans le cadre de la SPA. Presque tous les fonds de la SPA ont été alloués aux peuples autochtones qui pêchent dans les eaux de marée, 70 p. 100 des fonds étant mis de côté pour la Colombie-Britannique et le reste pour la région de l'Atlantique et pour le Nord. En 1993, les Nawash ont été informés qu'ils n'étaient pas admissibles à un financement dans le cadre de la SPA parce que la SPA ne s'appliquait pas à la pêche dans les eaux continentales situées à l'intérieur des frontières provinciales. La gestion de ces pêches avait été déléguée aux provinces au début du siècle. Cette délégalation de pouvoir a eu lieu en 1899, à la suite d'une décision du Comité judiciaire du Conseil privé rendue dans le cadre d'un renvoi constitutionnel. Depuis lors, le MPO a peu participé à la gestion des pêches dans les eaux sans marée de l'Ontario.

Les Nawash ont intenté une action devant la Cour fédérale en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la SPA violait l'article 15 de la Charte en les privant de l'égalité devant la loi, en leur refusant la protection égale de la loi et en faisant preuve de discrimination à leur endroit en raison de leur emplacement géographique.

Le juge de la Section de première instance a appliqué le cadre d'analyse énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* à l'égard du paragraphe 15(1) de la Charte et a commencé par dire que l'objet de la disposition en question était d'«empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux». Le juge a reconnu la nécessité d'avoir un groupe de comparaison. Les appelants ont proposé comme élément comparateur les collectivités autochtones de pêcheurs qui peuvent bénéficier des avantages de la SPA. Les intimés ont soutenu que le groupe de comparaison devait être limité aux peuples autochtones qui sont en mesure de remplir la condition préalable nécessaire suivant laquelle ils sont disposés à conclure une entente de cogestion avec le MPO et qui se trouvent dans une région relevant du pouvoir de gestion de la pêche du MPO. Le juge a conclu qu'il n'était pas nécessaire de préciser le groupe de comparaison proposé par les intimés.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Lors de l'appel, il a été affirmé que, même si le juge avait accepté le groupe de comparaison soumis par les appelants, aux étapes cruciales de l'analyse relative à l'article 15, le juge est revenu au groupe de comparaison fondé sur la compétence que l'intimée avait proposé. Les appelants ont mentionné la décision que la Cour suprême du Canada venait de rendre dans l'affaire *Lavoie c. Canada* à l'appui de la thèse selon laquelle

inquiry. It was said by Bastarache J. in that case that “the very essence of an entrenched bill of rights such as the Charter is to analyze differential treatment as an issue of equality rights, not of federal versus provincial jurisdiction”. While respecting that teaching, this Court had to determine whether the comparator group used by Dawson J. was in conflict with what was said by Bastarache J. Certainly, the Trial Judge used language reminiscent of a division-of-powers analysis. But while *Lavoie* instructs that, in a Charter case, equality rights are not to be trumped by jurisdictional problems, the remarks of Justice Dawson did not constitute appealable error as they were made only after she had disposed of the subsection 15(1) claim. In the first inquiry under the *Law* analysis, the Judge concluded that the distinction drawn by the AFS was not based upon a personal characteristic and that was an end of the matter since a section 15 claim cannot succeed absent an affirmative answer to the initial inquiry mandated by *Law*. Dawson J. did not have to consider the jurisdictional issue to resolve the case. Her Ladyship’s comments in the second and third steps of the analysis were mere *obiter dicta*. While her reference to the “pith and substance” of the AFS was problematic, it was inconsistent for appellants now to criticize the Trial Division Judge for discussing jurisdictional issues, considering that they themselves had advanced jurisdictional arguments with regard to the nature of the AFS. The Judge was, in any event, correct in concluding that there were no valid personal characteristics, analogous grounds or discriminatory effect on which this Charter claim could be based.

Appellants submitted that the Judge ignored the relevance of Georgian Bay and Lake Huron to the Nawash People and how the attachment to those particular waters and lands forms an immutable or constructively immutable personal characteristic for them. They further argued that location and residence were fundamental to Aboriginal and treaty rights to fish. It was said that an Aboriginal person’s attachment to traditional lands and waters is a personal characteristic and essential to his identity. While sympathetic to the appellants’ position and understanding how important the land is to their identity as a people, the Court was not persuaded that the Judge erred in concluding that appellants were not excluded from the AFS on account of a personal characteristic.

une analyse relative au partage des pouvoirs n’a pas sa place dans un examen fondé sur l’article 15. Le juge Bastarache a dit, dans cette décision-là, que «l’essence même d’une déclaration constitutionnalisée des droits comme la Charte est de définir une différence de traitement en fonction des droits à l’égalité et non du partage des pouvoirs fédéraux et provinciaux». La Cour a respecté cette directive, mais elle devait déterminer si le groupe de comparaison utilisé par le juge Dawson allait à l’encontre des remarques du juge Bastarache. Le juge de première instance a certes employé des termes rappelant ceux qui sont utilisés dans une analyse relative au partage des pouvoirs. L’arrêt *Lavoie* enseigne que, dans une affaire où la Charte est en cause, des considérations de compétence ne devraient pas l’emporter sur les questions d’égalité, mais les remarques du juge Dawson ne constituaient pas une erreur susceptible d’appel parce que le juge les avait uniquement faites après avoir déterminé le résultat de l’allégation se rapportant au paragraphe 15(1). Quant au premier examen effectué selon l’analyse préconisée dans l’arrêt *Law*, le juge a conclu que la distinction faite par la SPA n’était pas fondée sur une caractéristique personnelle et que cela mettait fin à l’analyse puisque, pour être accueillie, une demande fondée sur l’article 15 exige que l’on réponde par l’affirmative à la première question énoncée dans l’arrêt *Law*. Le juge Dawson n’avait pas eu à examiner la question de la compétence pour régler l’affaire. Les remarques que le juge avait faites aux deuxième et troisième étapes de l’analyse ne constituaient que des remarques incidentes. Les termes employés par le juge pour décrire l’«essence» de la SPA posaient des problèmes, mais les appelants ne pouvaient pas maintenant reprocher au juge de la Section de première instance de mentionner les considérations de compétence puisqu’ils avaient eux-mêmes avancé des arguments fondés sur la compétence au sujet de la nature de la SPA. De toute façon, le juge avait correctement conclu qu’il n’y avait pas de caractéristiques personnelles valables, de motifs analogues ou d’effet discriminatoire sur lesquels une allégation mettant en cause la Charte pouvait être fondée.

Les appelants ont déclaré que le juge n’avait pas tenu compte de l’importance de la baie Georgienne et du lac Huron pour les Nawash et de la façon dont l’attachement à ces eaux et terres particulières forme à leurs yeux une caractéristique personnelle immuable ou considérée comme immuable. Ils ont en outre affirmé que l’emplacement et la résidence étaient des éléments fondamentaux en ce qui concerne les droits de pêche ancestraux et issus de traités. Il a été soutenu que l’attachement d’un Autochtone aux terres et eaux ancestrales est une caractéristique personnelle: une chose qui est essentielle à l’identité de cet Autochtone. La Cour comprenait la position des appelants et reconnaissait jusqu’à quel point les terres constituaient une bonne partie de leur identité en tant que peuple, mais elle n’était pas convaincue que le juge avait commis une erreur en concluant que les appelants n’étaient pas

Although it was not necessary to do so, the Court considered the Judge's application of the final two stages of the *Law* test since the parties had made submissions regarding analogous grounds and discrimination. As to whether there was a distinction based on analogous grounds, the appellants argued that the AFS distinguishes between Aboriginal people having coastal reserves with those in other parts of Canada. But in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, the Supreme Court of Canada declined to recognize Aboriginality-residence *per se* as an analogous ground, recognizing only "off-reserve status", a limited subset of this analogous ground. Province of residence has yet to be accepted as an analogous ground, although the Supreme Court of Canada, in *R. v. Turpin*, left open that question. This Court, in *Archibald v. Canada* (which concerned compulsory pooling under the *Canadian Wheat Board Act*) was not prepared to conclude that place of residence is an analogous ground. Even so, given the connection of the Nawash People with their geographic region, which militated against their relocation to a coastal community, this characteristic is no less constructively immutable than religion or citizenship. But while the ground recognized in *Corbiere* might be expanded to encompass a case such as that at bar, that question did not have to be decided in view of the Judge's finding in the initial *Law* inquiry.

Turning to the question of whether the differential treatment was discriminatory, the Judge examined the four contextual factors which form the basis of the third stage of the discrimination analysis. The Judge was not convinced that the AFS functioned by device of stereotype. Appellants' rights were denied due to the reality that Ontario has the right to regulate the fishery as a matter of property and civil rights. The AFS did not perpetuate a view that appellants are of less value as human beings. Their exclusion from the AFS does not perpetuate any of the stereotypes which formed the basis of the historical discrimination faced by Aboriginal peoples.

The AFS had an ameliorative purpose and, in *Lovelace v. Ontario*, (a targeted ameliorative program involving a casino project), the Supreme Court of Canada held that exclusion from a targeted or partnership program was less likely to be associated with stereotyping than exclusion from a general

exclus du champ d'application de la SPA en raison d'une caractéristique personnelle.

Même s'il n'était pas nécessaire de le faire, la Cour a examiné l'application par le juge des deux dernières étapes du critère énoncé dans l'arrêt *Law* étant donné que les parties avaient invoqué des arguments à l'égard des motifs analogues et de la discrimination. Quant à la question de savoir s'il y avait une distinction fondée sur des motifs analogues, les appelants ont soutenu que la SPA établit une distinction entre les peuples autochtones dont les réserves sont situées dans les provinces côtières et ceux dont les réserves se trouvent ailleurs au Canada. Toutefois, dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, la Cour suprême n'a pas reconnu que l'autochtonité-lieu de résidence constituait en soi un motif analogue, mais elle a uniquement reconnu un sous-ensemble restreint de ce motif analogue, la «qualité de membres hors réserve». La province de résidence n'a pas encore été reconnue en tant que motif analogue; dans l'arrêt *R. c. Turpin*, la Cour suprême du Canada n'a pas répondu à cette question. Dans la décision *Archibald c. Canada* (qui portait sur la mise en commun obligatoire prévue par la *Loi sur la Commission canadienne du blé*), la Cour n'était pas prête à conclure que le lieu de résidence constituait un motif analogue. Malgré tout, à cause du lien existant entre les Nawash et leur région géographique, lien qui les empêchait de s'établir dans une collectivité côtière, cette caractéristique n'est pas moins considérée comme immuable que la religion ou la citoyenneté. Le motif reconnu dans l'arrêt *Corbiere* pourrait être appliqué de façon à englober une affaire telle que celle-ci, mais cette question n'avait pas à être tranchée étant donné la conclusion que le juge avait tirée dans le cadre de l'examen initial fondé sur l'arrêt *Law*.

Quant à la question de savoir si la différence de traitement était discriminatoire, le juge a examiné les quatre facteurs contextuels qui servent de fondement à la troisième étape de l'analyse relative à la discrimination. Le juge n'était pas convaincu que la SPA reposait sur des stéréotypes. Les droits des appelants étaient refusés parce que l'Ontario a le droit de prendre des règlements sur la pêche en vertu de ses pouvoirs en matière de propriété et de droits civils. La SPA n'avait pas pour effet de perpétuer l'opinion que les appelants sont moins valorisés en tant qu'êtres humains. L'exclusion de la SPA ne perpétue pas les stéréotypes qui servaient de fondement à la discrimination à laquelle avaient toujours fait face les peuples autochtones.

La SPA visait à l'amélioration; dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario* (portant sur un programme ciblé améliorateur se rapportant à un projet de casino), la Cour suprême du Canada a statué que l'exclusion d'un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat risquait moins d'associer à ce groupe des

benefits program. An underinclusive ameliorative program is not inconsistent with Charter, subsection 15(1). The program in *Lovelace*, was very similar to the AFS which also had an ameliorative aim: to improve the life of Aboriginals while managing the fishery. The facts of the case at bar were on all fours with the program upheld in *Lovelace*. That case was also authority for the proposition that more than a common need is necessary to establish that an ameliorative program discriminates, contrary to Charter, subsection 15(1).

The Trial Division Judge followed the Supreme Court's teaching in *Law* by thoroughly examining the contextual factors in determining whether the AFS had demeaned appellants' human dignity. The inquiry is both subjective and objective: the perspectives of both appellants and that of a reasonable person similarly situated with appellants had to be taken into account. While Chief Akiwenzie testified that his people felt left out and forgotten, Dawson J. did not err in concluding that a reasonable person, in circumstances similar to the Nawash People, would not feel that exclusion from AFS imposes differential treatment such as to be demeaning to dignity. Although groups like the Nawash who are excluded from targeted programs may well feel left out, to find that such programs violate Charter equality rights might be a disincentive to the creation of further programs to ameliorate the depressed social and economic conditions of our Aboriginal communities. It is true that, since 1985, case law on section 15 has come to recognize more subtle forms of discrimination, that provision was not intended to thwart ameliorative programs aimed at eradicating disadvantage in particular situations. The AFS is not an underinclusive program at odds with the purpose of subsection 15(1).

Another argument put forward by appellants was that the Crown had breached its fiduciary duty by favouring administrative convenience over equal treatment of comparable beneficiaries. Their submission was that when the Crown implements a program to facilitate Aboriginal rights, there is a fiduciary duty to ensure that it applies equally to all Aboriginal peoples holding those rights. But Dawson J. had correctly applied the doctrine of "reasonable expectations" and the "ceding of power-vulnerability" approach to determine whether a fiduciary duty was owed herein. Her determination,

stéréotypes que le fait d'être exclu d'un programme prévoyant des avantages généraux. Un programme ayant un objet améliorateur mais un champ d'application trop limitatif n'est pas incompatible avec le paragraphe 15(1) de la Charte. L'affaire *Lovelace* portait sur un programme fort semblable à la SPA qui avait également un objet améliorateur: améliorer la vie des Autochtones tout en gérant la pêche. Les faits de la présente espèce correspondaient exactement à ceux de l'affaire *Lovelace*, où le programme avait été confirmé. Cet arrêt faisait également autorité à l'appui de la thèse selon laquelle il faut plus qu'un besoin commun pour établir qu'un programme améliorateur crée de la discrimination, en violation du paragraphe 15(1) de la Charte.

Le juge de la Section de première instance a utilisé le concept expliqué par la Cour suprême dans l'arrêt *Law* en examinant à fond les facteurs contextuels en vue de déterminer si la SPA portait atteinte à la dignité humaine des appelants. La portée de l'examen est à la fois subjective et objective: le point de vue des appelants et celui de la personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des appelants devaient être pris en compte. Même si le chef Akiwenzie a témoigné que son peuple se sentait mis à l'écart et oublié, le juge Dawson n'a pas commis d'erreur en concluant qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du peuple Nawash ne croirait pas que l'exclusion de la SPA impose un traitement différent ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité. Des groupes tels que les Nawash, qui se trouvent exclus de programmes ciblés, peuvent légitimement se sentir oubliés, mais conclure que pareils programmes violent les dispositions de la Charte relatives aux droits à l'égalité pourrait servir à décourager la création d'autres programmes destinés à améliorer la situation sociale et économique défavorisée de nos collectivités autochtones. Il est vrai que depuis 1985 la jurisprudence portant sur l'article 15 a reconnu des formes plus subtiles de discrimination, mais cette disposition n'était pas destinée à nuire aux programmes améliorateurs visant à éliminer un désavantage dans des cas particuliers. La SPA n'est pas un programme dont le champ d'application est trop limitatif allant à l'encontre de l'objet du paragraphe 15(1).

Un autre argument avancé par les appelants était que la Couronne avait manqué à son obligation fiduciaire en favorisant ses propres intérêts administratifs plutôt que de traiter de façon égale des bénéficiaires comparables. Selon les appelants, lorsqu'un programme visant à faciliter des droits ancestraux est mis en œuvre, la Couronne a l'obligation fiduciaire de s'assurer que le programme s'applique uniformément à tous les peuples autochtones qui sont titulaires de ces droits. Cependant, le juge Dawson avait appliqué correctement la doctrine des «attentes raisonnables» et

that no such duty was owed, should not be disturbed.

Appellants' argument, that the government's refusal to apply the AFS in Ontario resulted not from constitutional incompetence but rather from administrative and fiscal convenience, could be termed a "red-herring". While it might be constitutionally possible for the federal government to alter its administrative arrangement with the provinces as to management of inland fisheries, subsection 15(1) does not require that this be done.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.  
*Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(12), 92(13).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
*Ontario Fishery Regulations, 1989*, SOR/89-93.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201.

##### APPLIED:

*R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; [1993] 3 C.N.L.R. 182 (Prov. Div.); *Archibald v. Canada*, [2000] 4 F.C. 479; (2000), 188 D.L.R. (4th) 538; 76 C.R.R. (2d) 215; 257 N.R. 105 (C.A.).

l'approche «cession de pouvoir-vulnérabilité» pour déterminer s'il existait une obligation fiduciaire en l'espèce. La conclusion du juge selon laquelle il n'existait aucune obligation de ce genre ne devrait pas être modifiée.

L'argument des appelants, à savoir que le refus du gouvernement d'appliquer la SPA en Ontario non parce qu'il n'est pas compétent sur le plan constitutionnel, mais plutôt pour des raisons de commodité administrative et financière, pourrait être qualifié de faux-fuyant. Sur le plan constitutionnel, il serait peut-être possible pour le gouvernement fédéral de modifier l'arrangement administratif auquel il est arrivé avec les provinces au sujet de la gestion des pêches intérieures, mais le paragraphe 15(1) ne l'oblige pas à le faire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(12), 92(13).  
*Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, DORS/89-93.  
*Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 239 N.R. 1; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; [1993] 3 C.N.L.R. 182 (Div. prov.); *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479; (2000), 188 D.L.R. (4th) 538; 76 C.R.R. (2d) 215; 257 N.R. 105 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769; (2002), 210 D.L.R. (4th) 193; 15 C.C.E.L. (3d) 159; 92 C.R.R. (2d) 1; 22 Imm. L.R. (3d) 182; 284 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

## AUTHORS CITED

Borrows, John and Leonard Rotman. *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary*. Toronto: Butterworths, 1998.

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

APPEAL from the Federal Court Trial Division decision ((2000), 37 C.E.L.R. (N.S.) 44; [2001] 1 C.N.L.R. 20; 79 C.R.R. (2d) 46; 196 F.T.R. 249), holding that the federal government's Aboriginal Fisheries Strategy breached neither Charter, subsection 15(1) nor the Crown's fiduciary duty in respect of the Chippewas of Nawash First Nation. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Louis P. Strezos, Kent W. Roach and William B. Henderson* for appellants.

*Dale L. Yurka and Peter Hajecek* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Louis P. Strezos*, Toronto, *Kent W. Roach*, Toronto, and *William B. Henderson*, Toronto, for appellants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

LINDEN J.A.:

## INTRODUCTION

[1] This is an appeal from the trial decision of Madam Justice Dawson (Trial Judge) [(2000) 37 C.E.L.R. (N.S.)

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Lavoie c. Canada*. [2002] 1 R.C.S. 769; (2002), 210 D.L.R. (4th) 193; 15 C.C.E.L. (3d) 159; 92 C.R.R. (2d) 1; 22 Imm. L.R. (3d) 182; 284 N.R. 1.

## DÉCISION CITÉE:

*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115.

## DOCTRINE

Borrows, John and Leonard Rotman. *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary*. Toronto: Butterworths, 1998.

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

APPEL d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale ((2000), 37 C.E.L.R. (N.S.) 44; [2001] 1 C.N.L.R. 20; 79 C.R.R. (2d) 46; 196 F.T.R. 249), statuant que la Stratégie relative aux pêches autochtones du gouvernement fédéral n'allait pas à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte ou de l'obligation fiduciaire incombant à la Couronne à l'égard de la Première nation des Chippewas de Nawash. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Louis P. Strezos, Kent W. Roach et William B. Henderson* pour les appelants.

*Dale L. Yurka et Peter Hajecek* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Louis P. Strezos*, Toronto, *Kent W. Roach*, Toronto, et *William B. Henderson*, Toronto, pour les appelants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

## INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel de la décision de première instance par laquelle M<sup>me</sup> le juge Dawson (le juge de

44 (F.C.T.D.)), which dismissed the appellants' claim alleging a violation of subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and a breach of fiduciary duty by the federal government, both arising from the exclusion of the appellants from a federal program, the Aboriginal Fisheries Strategy (AFS).

[2] The main issue in this case is whether or not the government can exclude the Chippewas of Nawash First Nation from the AFS without infringing subsection 15(1) of the Charter. The parties have arranged to litigate only the subsection 15(1) issue, leaving for another day, damages matters and the section 1 arguments, if necessary.

#### FACTS

[3] The appellant, the Chippewas of Nawash First Nation (Nawash People), is a band of Ojibwa Indians whose reserve occupies Cape Croker, which juts out into Georgian Bay, Lake Huron, from the Bruce Peninsula, in the province of Ontario. The individual appellants are members of the Nawash People. Chief Akiwenzie has been Chief of the Nawash People since 1989. Paul Jones is resident on the reserve, and is described as a long-time fisherman.

[4] The respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development is the federal Minister responsible for administering the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. The respondent Minister of Fisheries and Oceans administers the impugned AFS on behalf of the federal government.

[5] The ancestral homeland of the Nawash People includes Cape Croker and a number of offshore fishing islands. Fishing in Georgian Bay has been conducted by the Nawash People since time immemorial, and is still very important to the community for both economic and cultural reasons. The respondents do not dispute that in addition to their right to fish for food, social and ceremonial purposes (recognized by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075) the

première instance) [(2000) 37 C.E.L.R. (N.S.) 44 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] a rejeté la demande dans laquelle les appelants alléguaient qu'il y avait eu violation du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) et manquement à l'obligation fiduciaire incombant au gouvernement fédéral par suite de leur exclusion d'un programme fédéral, la Stratégie relative aux pêches autochtones (la SPA).

[2] En l'espèce, il s'agit principalement de savoir si le gouvernement peut exclure la Première nation des Chippewas de Nawash de la SPA sans contrevenir au paragraphe 15(1) de la Charte. Les parties se sont entendues pour plaider uniquement la question fondée sur le paragraphe 15(1), en reportant à plus tard la question des dommages-intérêts et les arguments fondés sur l'article premier, au besoin.

#### LES FAITS

[3] L'appelante, la Première nation des Chippewas de Nawash (le peuple Nawash ou les Nawash), est une bande composée d'Indiens Ojibwés dont la réserve occupe le cap Croker, qui avance dans la baie Georgienne, lac Huron, sur la péninsule Bruce, en Ontario. Les appelants individuels sont membres du peuple Nawash. Le chef Akiwenzie est chef des Nawash depuis 1989. Paul Jones réside dans la réserve; on le présente comme un pêcheur de longue date.

[4] Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien intimé est le ministre fédéral responsable de l'administration de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Le ministre des Pêches et des Océans intimé administre la SPA contestée pour le compte du gouvernement fédéral.

[5] Le territoire ancestral du peuple Nawash comprend le cap Croker et un certain nombre d'îles de pêche situées au large des côtes. Le peuple Nawash pratique la pêche dans la baie Georgienne depuis des temps immémoriaux; la pêche demeure une activité très importante pour la collectivité, et ce, pour des raisons économiques et culturelles. Les intimés ne contestent pas qu'en plus de leur droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (droit reconnu par la Cour suprême

Nawash People have an Aboriginal right to a commercial fishery in Georgian Bay (recognized in *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421 (Prov. Div.)).

[6] On June 29, 1992, the Minister of Fisheries and Oceans announced a federal program, called the AFS, designed to “stabilize the fishery and to increase economic opportunities for First Nations”. The AFS was the foundation for what the Minister called a new “social contract” among government, Aboriginal people, and non-native fishing groups after *Sparrow*.

[7] The AFS aims to enhance opportunities in Canadian fisheries for Aboriginal people while at the same time achieving predictability, stability and enhanced profitability for all participants in those fisheries. The AFS was initially designed to expend \$140 million over a four-year period. However, in 1996, after a review of the program which stated that, through partnering arrangements with Aboriginal fishing authorities, the management of Aboriginal fishing had been greatly improved, the government decided to continue the program under the existing terms and conditions. There is no fixed end date of the AFS at this time.

[8] The appellants have been denied access to AFS funding, as have other Aboriginal groups that pursue inland fishing. Almost all AFS money has been allocated to assist Aboriginal persons and groups fishing in tidal waters, 70% being set aside for British Columbia, and the rest for Atlantic Canada and the North.

[9] On February 16, 1993, officials from the federal Department of Fisheries and Oceans (DFO) told representatives of the Nawash People that they are not eligible for AFS funding because the AFS does not apply to inland fisheries within provincial boundaries. The federal government delegated the management of those

du Canada dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075), le peuple Nawash possède un droit ancestral de pratiquer la pêche commerciale dans la baie Georgienne (droit reconnu dans la décision *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421 (Div. prov.)).

[6] Le 29 juin 1992, le ministre des Pêches et des Océans a annoncé un programme fédéral, appelé la SPA, destiné à [TRADUCTION] «stabiliser la pêche et à accroître les perspectives économiques des Premières nations». La SPA constituait la base de ce que le ministre a appelé un nouveau «contrat social» conclu entre le gouvernement, les peuples autochtones et les groupes de pêcheurs non autochtones après que le jugement eut été prononcé dans l’affaire *Sparrow*.

[7] La SPA vise à accroître les perspectives des peuples autochtones dans le domaine des pêches canadiennes tout en assurant le caractère prévisible, la stabilité et une rentabilité accrue pour toutes les personnes participant à ces pêches. La SPA devait initialement coûter 140 millions de dollars sur une période de quatre ans. Toutefois, en 1996, après un examen du programme qui montrait qu’au moyen d’ententes de partenariat conclues avec les autorités autochtones chargées de la pêche, la gestion de la pêche autochtone s’était grandement améliorée, le gouvernement a décidé de continuer le programme aux mêmes conditions. À l’heure actuelle, aucune date d’expiration n’est prévue pour la SPA.

[8] Les appelants se sont vu refuser l’accès au financement accordé dans le cadre de la SPA, comme ce fut le cas pour d’autres groupes autochtones qui se livrent à la pêche intérieure. Presque tous les fonds de la SPA ont été alloués en vue d’aider des personnes et des groupes autochtones qui pêchent dans les eaux de marée, 70 p. 100 des fonds étant mis de côté pour la Colombie-Britannique et le reste pour la région de l’Atlantique et pour le Nord.

[9] Le 16 février 1993, des fonctionnaires du ministère fédéral des Pêches et des Océans (le MPO) ont expliqué à des représentants des Nawash qu’ils n’étaient pas admissibles à un financement dans le cadre de la SPA parce que la SPA ne s’appliquait pas à la pêche dans les eaux continentales situées à l’intérieur des frontières

fisheries to the provinces at the turn of the century.

[10] The *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982 c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5] (*Constitution Act, 1867*) has been interpreted to provide that jurisdiction over inland fisheries is shared between the federal and provincial governments. Subsection 91(12) confers on the federal government jurisdiction over sea coast and inland fisheries. Subsection 92(13) confers on the provinces jurisdiction over property and civil rights. In their agreed statement of facts, the parties outline the origin of the federal government's delegation of its inland fishery power:

A decision of the Judicial Committee of the British Privy Council, *Attorney General for the Dominion of Canada v. The Attorney General for the Province of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 on a constitutional reference to the courts by the Governor General of Canada, in 1894, dealt with respective federal and provincial proprietorship of and jurisdiction over fisheries. Following that decision, on or about February 27, 1899, a memorandum submitted by the federal Minister of Marine and Fisheries for the approval of the Governor General of Canada called for dispensing with the services of certain federal fisheries officers in Ontario, and leaving the administration of certain fisheries matters in Ontario to provincial authorities. (Crown Doc 4) On or about May 8, 1926, a federal Order-In-Council was passed transferring certain federally-owned fish hatcheries in Ontario to the provincial Crown (Crown Doc 5).

Certain responsibilities with respect to the administration of inland fisheries in Ontario have been delegated to the Ontario Minister of Natural Resources by the *Ontario Fishery Regulations, 1989*, SOR/89-93, and the *Aboriginal Communal Fishing Licences Regulations*, SOR/93-332. Thus, through the administrative arrangement of 1899, Ontario has managed nearly all aspects of its own non-tidal fisheries for over a century. The federal DFO has retained little involvement in the management of the fisheries in the non-tidal waters of Ontario.

provinciales. Le gouvernement fédéral a délégué la gestion de ces pêches aux provinces au début du siècle.

[10] La *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982, sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5] (la *Loi constitutionnelle de 1867*) a été interprétée comme prévoyant que la compétence sur la pêche intérieure est partagée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Le paragraphe 91(12) de cette loi confère au gouvernement fédéral la compétence sur la pêche côtière et la pêche intérieure. Le paragraphe 92(13) confère aux provinces la compétence sur la propriété et les droits civils. Dans leur exposé conjoint des faits, les parties énoncent l'origine de la délégation par le gouvernement fédéral du pouvoir qui lui est conféré sur les pêches intérieures:

[TRADUCTION] Saisi en 1894 d'un renvoi constitutionnel formé par le gouverneur général du Canada, le Comité judiciaire du Conseil privé britannique s'est penché, dans l'arrêt *Procureur général du dominion du Canada c. Procureur général des provinces de Québec, d'Ontario et de la Nouvelle-Écosse*, [1898] A.C. 700, sur le droit de propriété et la compétence respectives du gouvernement fédéral et des législatures provinciales sur les pêches. À la suite de cette décision, dans une note de service datée du 27 février 1899 et soumise à l'approbation du gouverneur général du Canada, le ministre fédéral de la Marine et des Pêches demandait que l'on se passe des services de certains agents fédéraux des pêches en Ontario et que l'on confie l'administration de certaines questions relatives à la pêche en Ontario aux autorités provinciales (doc. 4 du ministère public). Vers le 8 mai 1926, un décret fédéral a été pris en vue de transférer à la Couronne provinciale de l'Ontario certaines écloséries appartenant au gouvernement fédéral (doc. 5 du ministère public).

Certaines attributions relatives à la gestion des pêches intérieures en Ontario ont été déléguées au ministre des Ressources naturelles de l'Ontario aux termes du *Règlement de pêche de l'Ontario de 1989*, DORS/89-93 et du *Règlement sur les permis de pêche communautaires des Autochtones*, DORS/93-332. Par conséquent, en vertu de l'entente administrative de 1899, l'Ontario gère depuis plus d'un siècle presque tous les aspects de ses propres pêches en eaux sans marée. Le MPO fédéral s'est réservé un rôle modeste en ce qui concerne la gestion des pêches dans les eaux sans marée de l'Ontario.

[11] The parties agree that the only basis upon which the appellants have been denied AFS funding is that they operate an Aboriginal fishery in an area where the management of inland fisheries purports to have been delegated by the federal government to the province of Ontario.

[12] The appellants started an action in the Federal Court seeking, among other remedies, a declaration that the AFS violates section 15 of the Charter by depriving the Nawash People of equality before and under the law, denying them equal protection under the law and discriminating against them on the basis of their geographic location.

[13] The learned Prothonotary Hargrave ordered, on consent, that this case only deal with the issues of whether there has been a violation of the appellants' equality rights or a breach of the fiduciary duty. As a result this case was litigated at trial without regard to section 1 of the Charter. It was agreed that should the matter of damages arise, it would be dealt with by a reference following the trial. Similarly, it was also agreed that if necessary, a section 1 analysis would also be conducted by reference.

[14] The Trial Judge applied the framework set out by the Supreme Court of Canada in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 for conducting an analysis under subsection 15(1) of the Charter and concluded that neither the AFS, nor the exclusion of the Nawash People from its application, infringed subsection 15(1) of the Charter.

#### SUBSECTION 15(1)

[15] Before conducting the three broad inquiries required to adjudicate a discrimination claim, the Trial Judge correctly stated [at paragraph 36] that the purpose of subsection 15(1) (as set out in *Law*, at paragraph 51) is to "prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice".

[11] Les parties conviennent que les appelants se sont vu refuser des fonds dans le cadre de la SPA uniquement parce qu'ils exploitent une pêche autochtone dans une région où la gestion des pêches intérieures est réputée avoir été déléguée à la province d'Ontario par le gouvernement fédéral.

[12] Les appelants ont intenté une action devant la Cour fédérale en vue d'obtenir, entre autres, un jugement déclaratoire portant que la SPA viole l'article 15 de la Charte en privant le peuple Nawash de l'égalité devant la loi, en lui refusant la protection égale de la loi et en faisant preuve de discrimination à son endroit en raison de son emplacement géographique.

[13] M. le protonotaire Hargrave a ordonné, sur consentement, que la présente affaire porte uniquement sur la question de savoir s'il y a eu violation des droits à l'égalité reconnus aux appelants ou s'il y a eu manquement à une obligation fiduciaire. Par conséquent, l'affaire a été plaidée en première instance sans qu'il soit tenu compte de l'article premier de la Charte. Il a été convenu que si la question des dommages-intérêts était soulevée, elle serait examinée dans le cadre d'un renvoi, à la suite du procès. De même, il a été convenu qu'au besoin, une analyse fondée sur l'article premier serait effectuée sur renvoi.

[14] Le juge de première instance a appliqué le cadre d'analyse énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, aux fins de l'analyse relative au paragraphe 15(1) de la Charte et a conclu que ni la SPA ni l'exclusion du peuple Nawash du champ d'application de la SPA ne contrevenaient au paragraphe 15(1) de la Charte.

#### LE PARAGRAPHE 15(1)

[15] Avant d'examiner les trois questions générales nécessaires aux fins du règlement d'une affaire de discrimination, le juge de première instance a correctement dit [au paragraphe 36] que l'objet du paragraphe 15(1) (tel qu'il est énoncé dans l'arrêt *Law*, au paragraphe 51) est «d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux».

[16] The three-prong test, articulated at paragraph 88 of *Law*, asks the following questions:

- (A) Does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?
- (B) Is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated and analogous grounds?

and

- (C) Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

I will examine each of these matters in turn after I review the Trial Judge's treatment of the comparator group in this case.

#### Comparator Group

[17] The Trial Judge recognized that the equality guarantee within subsection 15(1) of the Charter is a comparative concept, and that each of the three inquiries should be performed on the basis of a comparison with another relevant group or groups. The claimant is generally permitted to choose the comparator, but a court, where warranted, may refine the comparator presented by the claimants.

[18] At trial the appellants argued that the comparator should be Aboriginal fishing communities which have access to, or are eligible for, AFS benefits. The respondents argued that the comparator group should be refined to those Aboriginal peoples who can satisfy the necessary precondition that they are prepared to enter

[16] Le critère à trois volets, énoncé au paragraphe 88 de l'arrêt *Law*, fait entrer en ligne de compte les questions suivantes:

- (A) La loi contestée: a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles?
- (B) Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues?

et

- (C) La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

Je traiterai de chacune de ces questions à tour de rôle après avoir examiné la façon dont le juge de première instance a traité le groupe de comparaison en l'espèce.

#### Le groupe de comparaison

[17] Le juge de première instance a reconnu que la garantie d'égalité prévue au paragraphe 15(1) de la Charte est un concept comparatif et que la réponse à chacune des trois questions doit reposer sur une comparaison avec un ou plusieurs autres groupes pertinents. Le demandeur choisit généralement l'élément comparateur, mais le tribunal peut préciser la comparaison soumise par le demandeur lorsqu'il estime justifié de le faire.

[18] Au procès, les appelants ont proposé comme élément comparateur les collectivités autochtones de pêcheurs qui peuvent bénéficier des avantages de la SPA ou qui y sont admissibles. Les intimés ont soutenu que le groupe de comparaison devrait être limité aux peuples autochtones qui sont en mesure de remplir la condition

into a co-management agreement with the DFO, and who are in a location where the DFO has authority to manage the fishery. The Trial Judge, nonetheless, was not persuaded that any refinement of the comparator group put forward by the appellants was necessary.

[19] The appellants, however, argued before this Court that the Trial Judge erred in not properly applying the appropriate comparator group. Even though the Trial Judge accepted the comparator group chosen by the appellants, they submit that at crucial stages of the section 15 analysis she effectively reverted back to the jurisdiction-based comparator group suggested by the respondent. This happened, they submit, when the Trial Judge reasoned that, although the AFS excludes Aboriginal communities who fish in inland waters, the program is not discriminatory because the appellants would not be able to obtain an AFS agreement due to the purported jurisdictional inability of the federal government to regulate the inland fishery.

[20] The appellants directed us to the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769 for the proposition that a division-of-powers analysis does not belong in a contemporary section 15 inquiry. Justice Bastarache, who wrote the majority judgment in that case, refers to Justice Iacobucci's comments in *Law, supra* about the necessity to locate the appropriate comparator group, at paragraph 40, where he states:

Not only is it normally the claimant's prerogative to choose the appropriate comparator group, but the court is only to step in where "the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups". . . . By contrast, the type of scrutiny proposed by the respondents—namely, to choose comparator groups based on jurisdictional considerations—finds no support either in *Law* or in any other s. 15(1) case. On the contrary, the very essence of an entrenched bill of rights such as the Charter is to analyze differential treatment as an issue of equality rights, not of federal versus provincial jurisdiction.

préalable nécessaire suivant laquelle ils sont disposés à conclure une entente de cogestion avec le MPO et qui se trouvent dans une région relevant du pouvoir de gestion de la pêche du MPO. Néanmoins, le juge de première instance n'était pas convaincu qu'il était nécessaire de préciser le groupe de comparaison proposé par les appelants.

[19] Toutefois, les appelants ont soutenu devant la Cour que le juge de première instance avait commis une erreur en n'appliquant pas d'une façon appropriée le bon groupe de comparaison. Les appelants affirment que, même si le juge de première instance a accepté le groupe de comparaison qu'ils avaient soumis, aux étapes cruciales de l'analyse relative à l'article 15, le juge est effectivement revenu au groupe de comparaison fondé sur la compétence que l'intimée a proposé. Selon eux, c'est ce qui est arrivé lorsque le juge a conclu que, même si la SPA exclut les collectivités autochtones qui pratiquent la pêche dans les eaux intérieures, le programme n'est pas discriminatoire parce que les appelants ne pourraient pas obtenir une entente dans le cadre de la SPA puisque le gouvernement fédéral n'aurait apparemment pas compétence pour réglementer la pêche intérieure.

[20] Les appelants nous ont reportés à la décision que la Cour suprême du Canada vient de rendre dans l'affaire *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, à l'appui de la thèse selon laquelle une analyse relative au partage des pouvoirs n'a pas sa place de nos jours dans un examen fondé sur l'article 15. M. le juge Bastarache, qui parlait au nom de la majorité dans cette décision-là, a mentionné les remarques que M. le juge Iacobucci avait faites dans l'arrêt *Law*, précité, au sujet de la nécessité de trouver le groupe de comparaison approprié; voici ce qu'il dit, au paragraphe 40:

Non seulement il appartient habituellement au demandeur de choisir le groupe de comparaison approprié, mais le tribunal ne doit s'immiscer que lorsque «[l]a différence de traitement peut ne pas s'effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d'autres groupes» [. . .] À l'opposé, le genre d'analyse préconisée par les intimées—le choix de groupes de comparaison selon des considérations de compétence—ne s'appuie ni sur *Law* ni sur aucun autre arrêt relatif au par. 15(1). Au contraire, l'essence même d'une déclaration constitutionnalisée des droits comme la Charte est de définir une différence de traitement en fonction des droits à l'égalité, et non du partage des pouvoirs fédéraux et provinciaux.

In *Lavoie*, a case which considered the constitutionality of a statutory provision which favoured Canadians for employment with the federal public service, the respondents argued that non-citizens and citizens (the comparator groups suggested by the appellants) could not be validly compared for the purposes of subsection 15(1) because non-citizens are inherently on unequal footing with citizens by virtue of federal citizenship legislation and the Constitution, and as such do not merit equal treatment. In that case, Bastarache J. stated that the determination of whether citizens are an appropriate comparator group was an inquiry best dealt with as a contextual factor under the third branch of the *Law* analysis, but subsequently found the impugned provision to violate subsection 15(1) precisely because it distinguished between citizens and non-citizens in the context of securing employment.

[21] The principles which emanate from *Lavoie* constitute some of the Supreme Court of Canada's most recent teachings about the proper application of section 15, and as such are relevant to this appeal. They must not, however, be mechanically applied to this case without regard to the factual differences between the two cases. With that caveat, Bastarache J.'s directive that equality claims are to be examined through a comparative lens instead of using a jurisdictional analysis must be respected. Thus, I must examine whether the actual comparator group used by the Trial Judge conflicts with Justice Bastarache's comments.

[22] As I have already said, the Trial Judge accepted the comparator group offered by the appellants: Aboriginal fishing communities which have access to, or are eligible for, AFS benefits. The appellants argue that she implicitly used the comparator group for which the respondent lobbied, by concluding that the AFS cannot apply in Ontario, and thus is not discriminatory. In other words, the appellants contend that she dealt with their claim by comparing the situation of the Nawash People

Dans l'affaire *Lavoie*, qui portait sur la constitutionnalité d'une disposition législative favorisant les Canadiens aux fins de l'emploi dans la fonction publique fédérale, les intimées avaient soutenu que les non-citoyens et les citoyens (soit les groupes de comparaison proposés par les appelantes) ne pouvaient pas faire l'objet d'une comparaison valable pour l'application du paragraphe 15(1) parce que les non-citoyens en tant que tels n'étaient pas sur un pied d'égalité avec les citoyens en raison de la législation fédérale en matière de citoyenneté et de la Constitution et que, cela étant, ils ne méritaient pas un traitement égal. Dans cet arrêt-là, le juge Bastarache a dit qu'il était préférable d'examiner la question de savoir si les citoyens constituent un groupe de comparaison approprié en tant que facteur contextuel en vertu du troisième volet de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Law*, mais il a ensuite conclu que la disposition contestée violait le paragraphe 15(1) précisément parce qu'une distinction y était faite entre les citoyens et les non-citoyens dans le contexte de l'obtention d'un emploi.

[21] Les principes émanant de l'arrêt *Lavoie* constituent certains des enseignements les plus récents de la Cour suprême du Canada pour ce qui est de la façon dont il convient d'appliquer l'article 15, cela étant, ils sont ici pertinents. Toutefois, il ne faut pas les appliquer mécaniquement au cas qui nous occupe sans tenir compte des différences qui existent entre les faits des deux affaires. Compte tenu de cette mise en garde, il faut respecter la directive du juge Bastarache selon laquelle les allégations fondées sur l'égalité doivent être examinées au moyen d'une comparaison plutôt qu'au moyen d'une analyse de la compétence. Je dois donc déterminer si le groupe de comparaison réel utilisé par le juge de première instance va à l'encontre des remarques du juge Bastarache.

[22] Comme je l'ai déjà dit, le juge de première instance a accepté le groupe de comparaison soumis par les appelants: les collectivités autochtones de pêcheurs qui peuvent bénéficier des avantages de la SPA ou qui y sont admissibles. Les appelants affirment que le juge a implicitement utilisé le groupe de comparaison préconisé par l'intimée en concluant que la SPA ne peut pas s'appliquer en Ontario et qu'elle n'est donc pas discriminatoire. En d'autres termes, les appelants

to that of Aboriginal peoples who can satisfy the necessary precondition that they are prepared to enter into a co-management agreement with the DFO, and who are in a location where the DFO has authority to manage the fishery.

[23] The Trial Judge's explanation of why the AFS is not discriminatory uses language reminiscent of a division-of-powers analysis. While *Lavoie* teaches that, in a Charter case, equality concerns should not be trumped by jurisdictional considerations, the Trial Judge's discussion of jurisdictional issues does not amount to an appealable error in this context, because that discussion took place only after she determined the fate of the appellants subsection 15(1) claim.

[24] The Trial Judge explicitly rejected the jurisdiction-based comparator group suggested by the respondents, and acknowledged that the effect of the AFS, as it has been applied, is to draw a formal distinction between the appellants and the comparator group. She went on to conclude, however, at paragraph 52, "that the distinction drawn by the AFS is [not] based upon the personal characteristic of the plaintiffs' association with, and residence among, their own First Nation". From a quick perusal of the Trial decision, one may think that the Trial Judge incorporated division-of-powers concepts into her *Law* analysis, because after she concluded that the distinction made by the AFS is not based on a personal characteristic, she then considered the nature of the AFS (in paragraphs 56 to 74) before reiterating her conclusion that the Nawash People are not excluded from the AFS because of any personal characteristic. A careful read of the decision below reveals, nevertheless, that the Trial Judge's discussion of the jurisdictional basis for the distinction between the appellants and coastal groups eligible for the AFS happens only after she concludes the first inquiry under the *Law* analysis.

soutiennent que le juge a examiné leur demande en comparant la situation du peuple Nawash à celle des peuples autochtones qui remplissent la condition préalable nécessaire suivant laquelle ils sont prêts à conclure une entente de cogestion avec le MPO et qui se trouvent dans un endroit où le MPO est autorisé à gérer la pêche.

[23] En expliquant pourquoi la SPA n'est pas discriminatoire, le juge de première instance emploie des termes rappelant ceux qui sont utilisés dans une analyse relative au partage des pouvoirs. L'arrêt *Lavoie* enseigne que, dans une affaire où la Charte est en cause, des considérations de compétence ne devraient pas l'emporter sur les questions d'égalité, mais l'examen des questions de compétence que le juge de première instance a effectué ne constitue pas une erreur susceptible d'appel dans ce contexte parce que le juge a uniquement procédé à cet examen après avoir déterminé le résultat de l'allégation des appellants se rapportant au paragraphe 15(1).

[24] Le juge de première instance a expressément rejeté le groupe de comparaison fondé sur la compétence proposé par les intimés et a reconnu que, telle qu'on l'a appliquée, la SPA a pour effet d'établir une distinction formelle entre les appelants et le groupe de comparaison. Toutefois, le juge a ensuite conclu, au paragraphe 52, «que la distinction établie par la SPA [n']est [pas] fondée sur une caractéristique personnelle, en l'occurrence, l'attachement des demandeurs à la Première nation à laquelle ils appartiennent et au sein de laquelle ils vivent». Un examen rapide de la décision de première instance permet de penser que le juge de première instance a incorporé les concepts de partage de pouvoirs dans l'analyse préconisée dans l'arrêt *Law* parce que, après avoir conclu que la distinction faite par la SPA n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle, le juge a examiné la nature de la SPA (aux paragraphes 56 à 74) avant de réitérer que le peuple Nawash n'est pas exclu du champ d'application de la SPA en raison d'une caractéristique personnelle. Une lecture attentive de la décision de première instance révèle néanmoins que le juge a procédé à l'examen du fondement juridique, aux fins de l'établissement d'une distinction entre les appelants et les groupes côtiers admissibles à la SPA, uniquement après avoir accompli la première étape de l'analyse préconisée dans l'arrêt *Law*.

[25] In this case the basis for the distinction was found not to be a personal characteristic, since, in the view of the Trial Judge, it is not the presence or absence of an ancestral connection with a particular First Nation and its land which determines eligibility for the AFS. Accordingly, since this determination ended the analysis required, because a successful section 15 claim demands that the first inquiry mandated by *Law* be answered in the affirmative, the Trial Judge did not have to consider the jurisdictional issue to resolve the case. Moreover, because the Trial Judge's conclusion with respect to the first step in *Law* proved fatal to the appellant's discrimination claim, her subsequent application of the second and third steps in *Law* were conducted merely "for the sake of completeness". As such, then, her remarks about whether the AFS makes a distinction on the basis of analogous grounds, the second step, or functions to stereotype, or discriminate against the appellants, the third step, constitute *obiter dicta*.

[26] Although the language used by Justice Dawson to describe the "pith and substance" of the AFS is problematic, this language was actually introduced by the appellants during the trial. The appellants themselves advanced jurisdictional arguments about the nature of the AFS, as noted by the Trial Judge at paragraph 76:

The plaintiffs argued that the federal jurisdiction over conservation needs in inland waters provides a solid jurisdictional basis for applying the AFS to Ontario's inland fisheries, and also pointed to the federal jurisdiction over "Indians" under subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

Consequently, it is somewhat inconsistent for the appellants to now fault the Trial Judge for referring to jurisdictional considerations, since the appellant's submissions at trial advocated these considerations.

[25] En l'espèce, il a été jugé que la distinction n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle puisque, de l'avis du juge de première instance, ce n'est pas la présence ou l'absence d'attachement ancestral à une Première nation particulière au sein de laquelle les Autochtones vivent qui détermine l'admissibilité à la SPA. Étant donné que cette décision mettait fin à l'analyse nécessaire puisque, pour être accueillie, une allégation fondée sur l'article 15 exige que l'on réponde par l'affirmative à la première question énoncée dans l'arrêt *Law*, le juge de première instance n'a donc pas eu à examiner la question de la compétence pour régler l'affaire. En outre, étant donné que la conclusion tirée par le juge de première instance au sujet de la première étape prévue par l'arrêt *Law* portait un coup fatal à l'argument de l'appelant relatif à la discrimination, les deuxième et troisième étapes prévues dans l'arrêt *Law* ont ensuite été appliquées simplement «par souci d'exhaustivité». Cela étant, les remarques que le juge de première instance a faites au sujet de la question de savoir si la SPA établit une distinction fondée sur des motifs analogues, soit la deuxième étape, ou a pour effet d'établir des stéréotypes ou de créer de la discrimination envers les appelants, soit la troisième étape, constituent des remarques incidentes.

[26] Les termes que le juge Dawson a employés pour décrire l'«essence» de la SPA posent des problèmes, mais ce sont en fait les appelants qui ont introduit ces termes au cours du procès. En effet, les appelants ont eux-mêmes avancé des arguments fondés sur la compétence au sujet de la nature de la SPA, comme le juge de première instance l'a fait remarquer au paragraphe 76:

Les demandeurs soutiennent que la compétence du législateur fédéral sur les besoins en conservation des eaux intérieures constitue un fondement solide qui justifie l'application de la SPA à la pêche intérieure ontarienne. Ils rappellent également la compétence sur les «Indiens» que le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement fédéral.

Par conséquent, les appelants ne sauraient reprocher maintenant au juge de première instance de mentionner des considérations de compétence puisque, dans les arguments qu'ils ont invoqués au procès, ils ont préconisé ces considérations.

[27] In addition, Professor Peter Hogg has stated that, as a minimum, federalism must preclude an argument that involves comparing the law of one province with the law of another province: federalism can be an exception to the guarantee of equality, to a limited extent (see Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4th ed. (loose-leaf), Vol. 2 (Toronto: Carswell, 1997), at page 52-62).

[28] Finally, even if the jurisdictional aspects of the Trial Judge's reasons were to be an error, I do not believe that it would effect the correctness of the result at which she arrived, because, as she correctly concluded, there are no valid personal characteristics, analogous grounds or discriminatory effect on which to base this subsection 15(1) Charter claim.

A. Does the AFS Impose Differential Treatment on the Appellants based on Personal Characteristics?

[29] As I have already noted, the Trial Judge dealt with the first inquiry from *Law* by concluding that the AFS operates to exclude the Nawash People, but not because of their reserve location, which the appellants maintain is a personal characteristic. Rather, the Trial Judge found that the Nawash People were excluded from the AFS because of the fact that the Province of Ontario regulates the fishery in question, and as such there is no fishery around their reserve which the DFO can allocate and manage.

[30] The appellants argued that their deeply ingrained ancestral connection with, and residence among, their own First Nation, constitutes a personal characteristic upon which they have been excluded from the AFS. The Trial Judge, however, rejected this submission, because she found that the Aboriginal communities eligible to participate in the AFS also share this same characteristic.

[31] The appellants contend that the Trial Judge's approach ignores the particular relevance of the Georgian Bay and Lake Huron to the Nawash People, and the way the attachment to those particular waters and lands forms an immutable or constructively immutable

[27] De plus, le professeur Peter Hogg a déclaré que le fédéralisme doit à tout le moins empêcher un argument qui comporte une comparaison entre le droit d'une province et le droit d'une autre province: le fédéralisme peut, dans une mesure restreinte, constituer une exception à la garantie d'égalité (voir Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles), vol. 2 (Toronto: Carswell, 1997), à la page 52-62).

[28] Enfin, même si les motifs du juge de première instance étaient erronés en ce qui concerne les aspects liés à la compétence, je ne crois pas que cela influerait sur l'exactitude du résultat auquel le juge est arrivé parce que, comme le juge l'a correctement conclu, il n'y a pas de caractéristiques personnelles valables, de motifs analogues ou d'effet discriminatoire sur lesquels une allégation mettant en cause le paragraphe 15(1) de la Charte peut être fondée.

A. La SPA impose-t-elle un traitement différent aux appelants en raison de caractéristiques personnelles?

[29] Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge de première instance a examiné la première question énoncée dans l'arrêt *Law* en concluant que les Nawash sont exclus du champ d'application de la SPA, mais non en raison de l'emplacement de leur réserve, ce qui, selon les appelants, constitue une caractéristique personnelle. Le juge de première instance a plutôt conclu que les Nawash sont exclus du champ d'application de la SPA parce que la province d'Ontario réglemente la pêche en question et que, cela étant, il n'y a pas, près de leur réserve, de pêche que le MPO peut répartir et gérer.

[30] Les appelants ont soutenu que leur attachement ancestral profond à leur propre Première nation et leur résidence au sein de cette Première nation constituent une caractéristique personnelle qui a donné lieu à leur exclusion du champ d'application de la SPA. Toutefois, le juge de première instance a rejeté cet argument parce qu'elle a conclu que les collectivités autochtones qui sont admissibles à la SPA possèdent également cette caractéristique.

[31] Les appelants déclarent que l'approche adoptée par le juge de première instance ne tient pas compte de l'importance particulière de la baie Georgienne et du lac Huron pour les Nawash et de la façon dont l'attachement à ces eaux et terres particulières forme à leurs yeux une

personal characteristic for them. Location and residence, they argue, are fundamental to Aboriginal and treaty rights to fish. These are not portable rights, but are intrinsically tied to residence. Also, it was submitted that an Aboriginal person's attachment to traditional lands and waters is a personal characteristic of that Aboriginal person: something which is essential to that Aboriginal person's identity.

[32] I agree with the Trial Judge's conclusion that there is no personal characteristic upon which to base the formal distinction found to exist between the appellants' inland Aboriginal band and the coastal bands who have access to the AFS. The appellants submitted two possibilities to operate as the necessary personal characteristic upon which to base a subsection 15(1) claim: (1) their deeply ingrained ancestral association with, and residence among, their own First Nation; and (2) their ancestral connection to a specific locale or location of their residence.

[33] I have much sympathy for the appellants' position, and understand that Aboriginal peoples have a special relationship with the land—the land constitutes a large part of their identity as a people. A common belief of many Aboriginal societies is that the Creator placed their people upon this land for a reason, and that the earth is their Mother, the animals their spiritual kin. This is explained by John Borrows and Leonard Rotman in *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary* (Toronto: Butterworths, 1998), at page 1-3 as follows:

The most fundamental of those rights is the right to their identity as Aboriginal people. Since that identity was derived largely from the land they used and occupied before the arrival of the Europeans, they believe they had—and still have—certain rights in regard to the land, including continuing habitation and use of the land, whether it be for hunting, fishing, trapping, gathering food and medicines, or for any other traditional pursuits.

[34] However, while I recognize the importance of land to Aboriginal peoples, I have not been persuaded

caractéristique personnelle immuable ou considérée comme immuable. Ils affirment que l'emplacement et la résidence sont des éléments fondamentaux en ce qui concerne les droits de pêche ancestraux et issus de traités. Il ne s'agit pas de droits transférables, mais de droits qui sont intrinsèquement liés à la résidence. De plus, ils soutiennent que l'attachement d'un Autochtone aux terres et eaux ancestrales est une caractéristique personnelle de cet Autochtone: une chose qui est essentielle à l'identité de cet Autochtone.

[32] Je souscris à la conclusion du juge de première instance lorsqu'elle dit qu'il n'y a pas de caractéristique personnelle sur laquelle on pourrait fonder la distinction formelle qui a été constatée entre la bande intérieure des appelants et les bandes côtières qui ont accès à la SPA. Les appelants ont invoqué deux possibilités en tant que caractéristique personnelle nécessaire sur laquelle on peut fonder une allégation mettant en cause le paragraphe 15(1): 1) leur association ancestrale profonde à leur propre Première nation et leur résidence au sein de cette Première nation; et 2) leur attachement ancestral à un site particulier ou l'emplacement de leur résidence.

[33] Je comprends fort bien la position des appelants et je reconnais le lien spécial qui existe entre les peuples autochtones et la terre—la terre constitue une bonne partie de leur identité en tant que peuple. Selon une croyance commune de nombreuses sociétés autochtones, le Créateur a placé les Autochtones sur ces terres pour une raison; la planète terre est leur mère et les animaux, leurs parents spirituels. C'est ce qu'expliquent John Borrows et Leonard Rotman dans l'ouvrage intitulé *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials and Commentary* (Toronto: Butterworths, 1998), à la page 1-3:

[TRADUCTION] Le plus fondamental de ces droits est le droit à leur identité en tant qu'Autochtones. Étant donné que cette identité était en bonne partie tirée de la terre qu'ils utilisaient et occupaient avant l'arrivée des Européens, ils croyaient posséder—et ils croient encore posséder—certains droits à l'égard des terres, notamment le droit d'habiter sur ces terres et de les utiliser d'une façon continue pour la chasse, la pêche, le piégeage, la cueillette de produits végétaux et des plantes médicinales, ou à toute autre fin traditionnelle.

[34] Toutefois, même si je reconnais l'importance qu'ont les terres pour les Autochtones, on n'a pas réussi

that the Trial Judge committed an appealable error when she concluded that the appellants are not excluded from the AFS on the basis of a personal characteristic.

[35] It is unnecessary for me to scrutinize the Trial Judge's application of the two remaining stages of the *Law* test in order to dispose of this appeal, because the effect of upholding the Trial Judge's conclusion with respect to the first stage of *Law* leads to the conclusion that the federal government can exclude the Nawash People from the AFS without infringing section 15 of the Charter. However, because the parties made submissions to us about the Trial Judge's findings with respect to analogous grounds and discrimination, and because the findings below should be considered in light of the *Lavoie* case, I will deal briefly with the two remaining stages of her *Law* analysis.

**B. Is the Distinction Based on Analogous Grounds?**

[36] The Trial Judge concluded [at paragraph 79] that the appellants were not "subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds". The appellants asserted that two separate, but related, analogous grounds of discrimination were at issue: (1) Aboriginality/residence; and, (2) province of residence.

[37] With regards to the first analogous ground, the appellants argued that the AFS distinguishes between Aboriginal people whose reserves and bands are on the coasts, and those whose reserves and bands are in other parts of Canada. The Trial Judge, however, agreed with the respondents who argued that the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 did not recognize Aboriginality-residence *per se* as an analogous ground, but only recognized a limited subset of this analogous ground, "off-reserve status". This is correct. The Trial Judge also rejected the second analogous ground suggested by the appellants because the Supreme Court has not to date recognized province of residence as an analogous ground. This too is correct. It should be noted

à me convaincre que le juge de première instance a commis une erreur susceptible d'appel lorsqu'elle a conclu que les appelants ne sont pas exclus du champ d'application de la SPA en raison d'une caractéristique personnelle.

[35] Pour régler cet appel, je n'ai pas à examiner l'application par le juge de première instance des deux autres étapes du critère énoncé dans l'arrêt *Law* parce qu'en confirmant la conclusion du juge en ce qui concerne la première étape énoncée dans l'arrêt *Law*, j'arrive à conclure que le gouvernement fédéral peut exclure les Nawash de la SPA sans enfreindre l'article 15 de la Charte. Toutefois, étant donné que les parties ont invoqué des arguments au sujet des conclusions tirées par le juge de première instance à l'égard des motifs analogues et de la discrimination, et puisque les conclusions tirées en première instance devraient être considérées à la lumière de l'arrêt *Lavoie*, je traiterai brièvement des deux autres étapes de l'analyse que le juge a effectuée conformément à l'arrêt *Law*.

**B. La distinction est-elle fondée sur des motifs analogues?**

[36] Le juge de première instance a conclu [au paragraphe 79] que les appelants n'avaient pas «subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues». Les appelants ont affirmé que deux motifs de discrimination analogues distincts, mais reliés, étaient en cause: 1) l'autochtonité-lieu de résidence; et 2) la province de résidence.

[37] Quant au premier motif analogue, les appelants ont soutenu que la SPA établit une distinction entre les peuples autochtones dont les réserves et les bandes sont situées dans les provinces côtières et ceux dont les réserves et les bandes se trouvent ailleurs au Canada. Toutefois, le juge de première instance a souscrit à l'avis des intimés lorsqu'ils ont affirmé que dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour suprême du Canada n'a pas reconnu que l'autochtonité-lieu de résidence constituait en soi un motif analogue, mais qu'elle a uniquement reconnu un sous-ensemble, la «qualité de membres hors réserve». Cela est exact. Le juge de première instance a également rejeté le deuxième motif analogue proposé par les appelants parce que la

however that, in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, the Supreme Court left open the question of whether province of residence could be an analogous ground.

[38] The majority judgment in *Corbiere*, written by McLachlin J. and Bastarache J., limited the analogous ground of Aboriginality-residence to off-reserve status. The issue in *Corbiere* was a narrow one: whether a statutory provision which excluded off-reserve members of an Indian band from voting in band elections violates subsection 15(1) of the Charter. The majority agreed with L'Heureux-Dubé J.'s conclusion, in her concurring reasons, that Aboriginality-residence is an analogous ground, but warned that this conclusion should not be interpreted to mean that "ordinary residence" is an analogous ground. The majority stated, at paragraphs 14 and 15:

L'Heureux-Dubé J. ultimately concludes that "Aboriginality-residence" as it pertains to whether an Aboriginal band member lives on or off the reserve is an analogous ground. We agree. L'Heureux-Dubé J.'s discussion makes clear that the distinction goes to a personal characteristic essential to a band member's personal identity, which is no less constructively immutable than religion or citizenship. Off-reserve Aboriginal band members can change their status to on-reserve band members only at great cost, if at all.

Two brief comments on this new analogous ground are warranted. First, reserve status should not be confused with residence. The ordinary "residence" decisions faced by the average Canadians should not be confused with the profound decisions Aboriginal band members make to live on or off their reserves, assuming a choice is possible.

[39] The notion of whether geography, or place of residence constitutes an analogous ground was also dealt

Cour suprême n'avait pas encore reconnu que la province de résidence constituait un motif analogue. Cela est également exact. Toutefois, il importe de noter que, dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, la Cour suprême n'a pas répondu à la question de savoir si la province de résidence pouvait constituer un motif analogue.

[38] Dans l'arrêt *Corbiere*, le jugement majoritaire, rédigé par M<sup>me</sup> le juge McLachlin et par M. le juge Bastarache, limitait le motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence à la qualité de membre hors réserve. Dans l'affaire *Corbiere*, la question litigieuse avait une portée restreinte: il s'agissait de savoir si une disposition législative qui empêchait les membres hors réserve d'une bande indienne de voter aux élections de la bande violait le paragraphe 15(1) de la Charte. La majorité souscrivait à la conclusion que M<sup>me</sup> le juge L'Heureux-Dubé avait tirée dans des motifs concordants, à savoir que l'autochtonité-lieu de résidence est un motif analogue, mais il a bien été dit que cette conclusion ne devait pas être interprétée comme signifiant que la «résidence ordinaire» est un motif analogue. Aux paragraphes 14 et 15, voici ce que la majorité a dit:

Le juge L'Heureux-Dubé conclut, en dernière analyse, que le facteur de l'«autochtonité-lieu de résidence» constitue un motif analogue lorsqu'il se rapporte à la question de savoir si un membre d'une bande autochtone vit dans la réserve ou en dehors de celle-ci. Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il ressort clairement des propos du juge L'Heureux-Dubé que la distinction se rapporte à une caractéristique personnelle essentielle de l'identité personnelle des membres des bandes indiennes, caractéristique qui est considérée immuable au même titre que la religion ou la citoyenneté. Les membres hors réserve d'une bande autochtone ne peuvent devenir des membres habitant la réserve qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent.

Deux brefs commentaires s'imposent au sujet de ce nouveau motif analogue. Premièrement, il ne faut pas confondre qualité de membre hors réserve et lieu de résidence. Les décisions que sont appelés à prendre les Canadiens en général relativement à leur «lieu de résidence» ne sauraient être comparées aux décisions lourdes de conséquences que prennent les membres des bandes autochtones lorsqu'ils choisissent de vivre dans les réserves ou à l'extérieur de celles-ci, à supposer que ce choix soit possible.

[39] La question de savoir si la région géographique, ou le lieu de résidence, constitue un motif analogue a

with recently by this Court in *Archibald v. Canada*, [2000] 4 F.C. 479 (C.A.). That case considered whether the compulsory pooling provision of the *Canadian Wheat Board Act* [R.S.C., 1985, c. C-24], which requires wheat producers living in certain areas of Canada to sell all their wheat to the Canadian Wheat Board, and prohibits them from selling their wheat or barley in another province or outside of Canada, violates the appellants' constitutional rights. Justice Rothstein, who wrote the reasons in *Archibald* was not persuaded that place of residence was an analogous ground. In applying *Corbiere* to the case before him, he made the following helpful comments, at paragraph 23:

*Corbiere* implies that residence must be linked to something else that is fundamental to one's identity, that is immutable, or is at least constructively immutable. Thus, it is insufficient for purposes of identifying an analogous ground that the location of an individual's residence and farm is within the designated area or, indeed, at any place in Canada. Something more is needed.

[40] While the Court in *Corbiere* cautioned that its finding of Aboriginality-residence as an analogous ground should not be expanded to the ordinary-residence decisions made by average Canadians, it cannot be said that the Nawash People are average Canadians who make ordinary decisions about their residence. Like the claimants in *Corbiere*, the place of residence of the Nawash People goes to the essence of the band members' identities. Because of the connection the Nawash People have with the particular land and waters in their geographic region, which militates against these Aboriginal people leaving their community for a coastal community, this characteristic is no less constructively immutable than religion or citizenship. For that reason it is conceivable that the analogous ground of Aboriginality-residence recognized in *Corbiere* might be expanded to on-reserve status in situations where the claimants can show that "something more", for example, the appellants' special connection with their particular residence. However, in light of the Trial Judge's finding with respect to the first *Law* inquiry, which I have affirmed, it is unnecessary for me to decide that question.

également été récemment examinée par la présente Cour dans la décision *Archibald c. Canada*, [2000] 4 C.F. 479 (C.A.). Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la disposition relative à la mise en commun obligatoire de la *Loi sur la Commission canadienne du blé* [L.R.C. (1985), ch. C-24], qui exige que les producteurs de blé habitant dans certaines régions du Canada vendent tout leur blé à la Commission canadienne du blé et qui interdit à ceux-ci de vendre leur blé ou leur orge dans une autre province ou à l'extérieur du Canada, violait les droits constitutionnels des appelants. M. le juge Rothstein, qui a rédigé les motifs dans la décision *Archibald*, n'était pas convaincu que le lieu de résidence constituait un motif analogue. En appliquant l'arrêt *Corbiere* à l'affaire dont il était saisi, il a fait les remarques utiles ci-après énoncées, au paragraphe 23:

Il ressort de l'arrêt *Corbiere* que la résidence doit être associée à autre chose qui est fondamentale à l'identité de quelqu'un, qui est immuable ou à tout le moins considérée immuable. Ainsi, il ne suffit pas pour les fins de l'identification du motif analogue que le lieu de la résidence et de l'exploitation agricole d'un individu soit à l'intérieur de la région désignée ou même à tout endroit au Canada. Il faut quelque chose de plus.

[40] Dans l'arrêt *Corbiere*, la Cour a bien dit que la conclusion qu'elle avait tirée au sujet de l'autochtonité-lieu de résidence en tant que motif analogue ne devrait pas être étendue aux décisions prises par les Canadiens en général relativement à leur lieu de résidence, mais on ne saurait dire que les Nawash sont des Canadiens qui prennent des décisions ordinaires au sujet de leur résidence. Comme les demandeurs dans l'affaire *Corbiere*, le lieu de résidence des Nawash se rapporte à l'essence de l'identité des membres de la bande. À cause du lien qui existe entre les Nawash et les terres et eaux particulières de leur région géographique, lien qui empêche ces Autochtones de quitter leur collectivité pour une collectivité côtière, cette caractéristique n'est pas moins considérée comme immuable que la religion ou la citoyenneté. C'est pourquoi il est concevable que le motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence reconnu dans l'arrêt *Corbiere* puisse être appliqué à la qualité de membre dans une réserve si les demandeurs peuvent démontrer qu'il y a «quelque chose de plus», par exemple le lien spécial existant entre les appelants et leur résidence

particulière. Toutefois, étant donné la conclusion que le juge de première instance a tirée au sujet de la première question énoncée dans l'arrêt *Law*, conclusion que j'ai confirmée, je n'ai pas à me prononcer sur ce point.

C. Is the Differential Treatment Discriminatory?

[41] Recognizing that this third inquiry of the *Law* analysis is both subjective and objective, the Trial Judge examined the four contextual factors which form the basis of the third stage of the discrimination analysis to arrive at the conclusion that the AFS is not a discriminatory program. These factors are: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability; (ii) the correspondence, or lack thereof, between the ground(s) on which the claims are based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others; (iii) the ameliorative purpose or effects of the impugned law, program or activity upon a more disadvantaged person or group in society, and (iv) the nature and scope of the interest affected by the impugned government activity.

(i) Pre-existing disadvantage

[42] With respect to the first contextual factor the Trial Judge was not convinced that the AFS functions by device of stereotype. Rather, she found, at paragraph 112, that the appellants' rights were only "denied on a basis which reflects the reality of the right of the province of Ontario to legislate and regulate with respect to the fishery as part of its jurisdiction over property and civil rights". Because it was held that the AFS is based on co-management of Aboriginal fisheries as between the DFO and local Aboriginal peoples, she found that it cannot apply in Ontario. Accordingly, it was concluded that the AFS does not have the effect of perpetuating or promoting the view that the appellants are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings.

[43] The Court in *Law* noted that the claimant's association with a group which has historically been more disadvantaged will not be conclusive of a violation under subsection 15(1), where differential treatment has

C. Le traitement différent est-il discriminatoire?

[41] Le juge de première instance, qui a reconnu que cette troisième étape de l'analyse exposée dans l'arrêt *Law* est à la fois subjective et objective, a examiné les quatre facteurs contextuels qui servent de fondement à cette étape de l'analyse relative à la discrimination pour finalement conclure que la SPA n'est pas un programme discriminatoire. Il s'agit des facteurs suivants: i) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité; ii) la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes; iii) l'objet ou l'effet d'amélioration de la loi, du programme ou de l'activité en cause eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; et iv) la nature et l'étendue du droit touché par l'activité gouvernementale contestée.

i) La préexistence d'un désavantage

[42] En ce qui concerne le premier facteur contextuel, le juge de première instance n'était pas convaincu que la SPA repose sur des stéréotypes. Au paragraphe 112, le juge a plutôt conclu que les droits des appelants leur étaient uniquement «refusés pour des motifs qui traduisent bien la réalité du droit de l'Ontario de légiférer et de prendre des règlements sur la pêche en vertu de ses pouvoirs en matière de propriété et de droits civils». Étant donné qu'il avait été statué que la SPA repose sur une cogestion des pêches autochtones par le MPO et par les collectivités autochtones locales, le juge a conclu que la SPA ne peut pas s'appliquer en Ontario. Elle a donc statué que la SPA n'a pas pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que les appelants sont moins capables ou sont moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains.

[43] Dans l'arrêt *Law*, la Cour a fait remarquer l'appartenance du demandeur à un groupe historiquement défavorisé ne permet pas de conclure qu'il y a eu violation du paragraphe 15(1) lorsqu'un

been established. The determinative question, instead, is whether the distinction actually and truly affects the dignity of the claimant.

[44] Although the appellants are certainly members of a group who have been historically discriminated against and disadvantaged, I have not been convinced that the distinction in question truly affects their dignity. The appellants are not included in the AFS program because they are located in a geographic area not encompassed by the federal jurisdiction and the DFO's area of regulation. This exclusion, which may, as the appellants contend, seem unjust, in no way perpetuates a stereotype that the Nawash People are less worthy. In fact, it does not perpetuate any of the stereotypes which formed the basis of the historical discrimination faced by Aboriginal peoples. It merely distinguishes on the basis of inland fishing versus coastal fishing. Not every distinction created by legislation, or a governmental program, gives rise to discrimination.

(ii) Correspondence Between the Program and the Claimant's Actual Circumstances

[45] As noted by the Trial Judge, it is easier to establish discrimination where an impugned program does not account for the claimant's actual situation. In doing her analysis under this contextual factor, the Trial Judge found that the AFS takes account of the actual circumstances of those Aboriginal communities located in the areas where DFO manages the fishery. The appellants argue that the Trial Judge should have instead asked whether the AFS takes account of their specific situation. Because the AFS is a targeted, ameliorative program, a concept which is discussed in more detail below, in my view, it is not reasonable to require that the DFO should have implemented the program with an eye to the specific needs, circumstances and capacities of the Nawash People.

(iii) Ameliorative Purpose

[46] With respect to the third contextual factor, the ameliorative purpose of the AFS, Justice Dawson adopted the Supreme Court of Canada's analysis in

traitement différent a été établi. La question déterminante consiste plutôt à savoir si la distinction influe réellement et vraiment sur la dignité du demandeur.

[44] Les appelants sont certes membres d'un groupe qui a toujours été victime de discrimination et défavorisé, mais je ne suis pas convaincu que la distinction en question influe vraiment sur leur dignité. Les appelants ne sont pas inclus dans le programme de la SPA parce qu'ils se trouvent dans une région géographique qui ne relève pas de la compétence fédérale et du secteur de réglementation du MPO. Cette exclusion qui peut, comme les appelants le soutiennent, sembler injuste, ne perpétue aucunement le stéréotype selon lequel les Nawash sont moins dignes. De fait, elle ne perpétue aucun des stéréotypes qui servaient de fondement à la discrimination à laquelle ont toujours fait face les peuples autochtones. Elle établit simplement une distinction fondée sur la pêche intérieure par opposition à la pêche côtière. Ce ne sont pas toutes les distinctions créées par la législation ou par un programme gouvernemental qui donnent lieu à la discrimination.

ii) Correspondance entre le programme et la situation propre au demandeur

[45] Comme le juge de première instance l'a fait remarquer, il est plus facile d'établir qu'il y a eu discrimination lorsqu'un programme contesté ne tient pas compte de la situation véritable du demandeur. En analysant ce facteur contextuel, le juge de première instance a conclu que la SPA tient compte de la situation concrète des collectivités autochtones qui se trouvent dans des régions où la gestion de la pêche relève du MPO. Les appelants soutiennent que le juge de première instance aurait plutôt dû se demander si la SPA tient compte de leur situation particulière. Étant donné que la SPA est un programme ciblé améliorateur, concept sur lequel nous reviendrons ci-dessous, il n'est pas raisonnable à mon avis de dire que le MPO aurait dû mettre en œuvre le programme en tenant compte des besoins, de la situation et des capacités des Nawash.

iii) Objet d'amélioration

[46] En ce qui concerne le troisième facteur contextuel, soit l'objet d'amélioration de la SPA, le juge Dawson a adopté l'analyse que la Cour suprême du

*Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950: that the ameliorative-purpose principle should be extended to situations where disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability describes the excluded group. That principle teaches that being excluded from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition than being excluded from a general benefits program. In *Lovelace*, the Court explains, at paragraph 60, that an underinclusive ameliorative program is not inconsistent with the purpose of subsection 15(1):

The application of the substantive equality analysis cannot be reduced to simple analytical formulae. For, while it is often true that distinctions may produce discrimination, there are many other situations where substantive equality requires that distinctions be made in order to take into account the actual circumstances of individuals as they are located in varying social, political, and economic situations. This is why this Court has long recognized that the purpose of s. 15(1) encompasses both the prevention of discrimination and the amelioration of the conditions of disadvantaged persons. . . . Accordingly, there has been an equally long-standing recognition that an underinclusive ameliorative law, program or activity may violate the constitutional equality interest. . . . However, until recently, the Court's consideration of underinclusiveness has been limited to the review of universal or generally comprehensive benefit schemes.

[47] *Lovelace* involved a program called the First Nations Fund (FNF), a program that directed the funds from a casino project to all Aboriginal bands registered under the *Indian Act* in Ontario. In that decision, written by Justice Iacobucci, the FNF is described as a targeted ameliorative program based on a partnership between government and First Nations, representatives. Iacobucci J. carefully emphasizes the partnership-nature of the casino project to distinguish it "from a universal or generally comprehensive benefits program".

[48] Not only was the FNF ameliorative, it was also aimed at ensuring that on-reserve commercial casino gaming was undertaken in compliance with the strict

Canada avait faite dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950: le principe de l'objet d'amélioration devrait s'étendre aux situations où le désavantage, les stéréotypes, les préjugés ou une vulnérabilité caractérisent le groupe exclu. Selon ce principe, le fait d'exclure un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat risque moins d'associer à ce groupe des stéréotypes ou de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance que le fait d'être exclu d'un programme prévoyant des avantages généraux. Dans l'arrêt *Lovelace*, la Cour explique, au paragraphe 60, qu'un programme ayant un objet améliorateur mais un champ d'application trop limitatif est compatible avec l'objet du paragraphe 15(1):

L'application de l'analyse relative à l'égalité réelle ne peut être réduite à de simples formules analytiques. Car, quoiqu'il soit souvent vrai que des distinctions peuvent être source de discrimination, il y a de nombreuses autres situations où l'égalité réelle exige que des distinctions soient faites pour tenir compte de la situation concrète d'individus vivant dans des conditions sociales politiques et économiques différentes. Voilà pourquoi notre Cour reconnaît depuis longtemps que le par. 15(1) a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination mais aussi d'améliorer la situation des personnes défavorisées [. . .] En conséquence, on reconnaît également depuis longtemps qu'une loi, un programme ou une activité ayant un objectif améliorateur mais un champ d'application trop limitatif peut porter atteinte au droit constitutionnel à l'égalité [. . .] Jusqu'à tout récemment toutefois, notre Cour a limité son examen de la question du champ d'application trop limitatif au contrôle de régimes d'avantages universels ou généralement accessibles.

[47] L'affaire *Lovelace* portait sur un programme appelé le Fonds des Premières nations (le FPN), dans le cadre duquel les fonds d'un projet de casino étaient distribués à toutes les bandes autochtones de l'Ontario inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Dans cette décision, qui a été rédigée par M. le juge Iacobucci, le FPN est décrit comme un programme améliorateur ciblé fondé sur un partenariat entre le gouvernement et les représentants des Premières nations. Le juge Iacobucci met minutieusement l'accent sur la nature de partenariat du projet de casino pour le distinguer «de régimes d'avantages universels ou généralement accessibles».

[48] Le FPN était non seulement un programme améliorateur, mais il visait aussi à assurer que les activités de jeu commerciales dans le casino de la réserve

regulations applicable to the supervision of gaming activities. Thus, the FNF in *Lovelace* was very similar to the AFS program in question in this case. As the Trial Judge found, the AFS has an ameliorative aim to improve the life of Aboriginals, as well as to regulate and manage the fishing industry. As such it is a targeted, partnered program rather than a general benefits program. For this reason, this appeal is on all fours with the facts in *Lovelace*, and the Trial Judge did not err in holding that the AFS is an ameliorative program similar to the program upheld in *Lovelace*.

[49] The appellants in *Lovelace* argued that they had precisely the same need to ameliorate poor social, cultural and economic conditions in their own communities as those communities with access to the First Nations Fund. The Court concluded, however, that more than a common need is necessary to establish that an ameliorative program discriminates contrary to subsection 15(1). Simply put, the appellants in *Lovelace*, like the appellants in this case, did not occupy the land-base which was covered by the impugned program.

[50] *Lovelace* dealt with a situation, similar to this one, in which both the claimants and the targeted group are equally disadvantaged. Faced with that situation, the Court in *Lovelace* felt it appropriate to extend the ameliorative purpose analysis to these situations where disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability also describes the excluded group or individual. In doing so the Court adopted the view that subsection 15(2) of the Charter is confirmatory and supplementary to subsection 15(1), and acts as an interpretative tool of subsection 15(1). Accordingly, subsection 15(1) embraces ameliorative programs of the kind that are contemplated by subsection 15(2), and, therefore, these ameliorative programs can be included under the subsection 15(1) analysis, even if the excluded group is not an advantaged group in comparison with those ameliorated by the program.

soient conformes aux règlements stricts applicables à la supervision de pareilles activités. Par conséquent, dans l'affaire *Lovelace*, le FPN était fort semblable au programme de la SPA dont il est ici question. Comme le juge de première instance l'a conclu, la SPA a un objet améliorateur, à savoir améliorer la vie des Autochtones, en plus de réglementer et de gérer l'industrie de la pêche. Cela étant, il s'agit d'un programme ciblé fondé sur un partenariat plutôt que d'un programme conférant des avantages généraux. C'est pourquoi les faits du présent appel correspondent exactement à ceux de l'affaire *Lovelace*; le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en statuant que la SPA est un programme améliorateur semblable au programme qui a été confirmé dans l'arrêt *Lovelace*.

[49] Dans l'affaire *Lovelace*, les appelants ont affirmé qu'ils avaient exactement le même besoin d'améliorer les piètres conditions sociales, culturelles et économiques existant dans leurs collectivités que les collectivités qui avaient accès au Fonds des Premières nations. Toutefois, la Cour a conclu qu'il faut prouver davantage que l'existence d'un besoin commun pour établir qu'un programme améliorateur crée de la discrimination, en violation du paragraphe 15(1). Bref, dans l'affaire *Lovelace*, les appelants, comme les appelants ici en cause, n'occupaient pas les terres qui étaient visées par le programme contesté.

[50] L'arrêt *Lovelace* portait sur un cas, semblable à celui qui nous occupe, dans lequel les demandeurs et le groupe ciblé étaient également défavorisés. La Cour a donc jugé opportun d'étendre l'analyse relative à l'objet d'amélioration aux cas dans lesquels un désavantage, des stéréotypes, des préjugés ou une situation de vulnérabilité décrivent également la personne ou le groupe exclu. Ce faisant, la Cour a adopté la thèse selon laquelle le paragraphe 15(2) de la Charte confirme la portée du paragraphe 15(1) et vient s'ajouter aux dispositions du paragraphe 15(1), et sert d'outil d'interprétation du paragraphe 15(1). Par conséquent, le paragraphe 15(1) vise les programmes améliorateurs du genre de ceux qui sont envisagés au paragraphe 15(2), et ces programmes améliorateurs peuvent donc être inclus dans l'analyse relative au paragraphe 15(1) même si le groupe exclu n'est pas un groupe favorisé par rapport aux groupes visés par le programme améliorateur.

## (iv) Nature of Interest Affected

[51] With respect to the fourth contextual factor, the Trial Judge refused to find that the appellants are so differently situated from coastal Aboriginal communities, who are eligible to participate in the AFS, that they have suffered severe and localized consequences from being excluded from the program. She concluded that the negative impact of exclusion was not “direct and massive” as the appellants argued. According to the Trial Judge’s interpretation of the now challenged evidence adduced about the appellants’ participation in the Bruce Peninsula Fishery discussions, the appellants had not been excluded from the opportunity to enter into an agreement with respect to the co-management of their fishery, and thus had not been denied access to related government funding.

Conclusion on Discrimination

[52] After applying the contextual factors, the Trial Judge found that the AFS is not a discriminatory program. She was not persuaded that a reasonable person, in circumstances similar to those of the Nawash People, would find that the appellants’ dignity was demeaned as a result of being excluded from the AFS.

[53] Differential treatment will not likely constitute discrimination within the purpose of subsection 15(1) where it does not violate the human dignity or freedom of a person or group, and, in particular, where the differential treatment also assists in ameliorating the position of the disadvantaged within Canadian society. The Court in *Law* defined “human dignity” as the feeling of self-respect and self-worth, as the realization of personal autonomy and self-determination. The Court elaborated on this definition, and described ways in which human dignity is damaged, at paragraph 53:

It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits

## iv) La nature du droit touché

[51] En ce qui concerne le quatrième facteur contextuel, le juge de première instance a refusé de conclure que les appelants se trouvent dans une situation tellement différente de celle de leurs homologues des régions côtières qui ont le droit de participer à la SPA que leur exclusion du programme a eu sur eux des effets graves et localisés. Le juge a conclu que, contrairement à ce que les appelants soutenaient, les conséquences négatives de leur exclusion n’étaient pas «directes et considérables». Selon l’interprétation que le juge de première instance a donnée à la preuve maintenant contestée qui a été soumise au sujet de la participation des appelants aux discussions portant sur la pêche dans le secteur de la péninsule Bruce, il n’était pas interdit aux appelants de conclure une entente au sujet de la cogestion de leur pêche et on ne leur avait pas refusé le droit de recevoir un financement public connexe.

Conclusion sur la discrimination

[52] Après avoir appliqué les facteurs contextuels, le juge de première instance a conclu que la SPA n’était pas un programme discriminatoire. Le juge n’était pas convaincu qu’une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des Nawash conclurait que l’exclusion du champ d’application de la SPA avait porté atteinte à la dignité des appelants.

[53] La différence de traitement ne constituera probablement pas de la discrimination au sens du paragraphe 15(1) lorsqu’elle ne porte pas atteinte à la dignité humaine ou à la liberté d’une personne ou d’un groupe et, en particulier, lorsque le traitement différent aide également à améliorer la situation des personnes défavorisées au sein de la société canadienne. Dans l’arrêt *Law*, la Cour a défini la «dignité humaine» comme étant le sentiment de respect et d’estime de soi, la réalisation de l’autonomie personnelle et l’autodétermination. La Cour a donné des précisions au sujet de cette définition et, au paragraphe 53, elle a décrit diverses façons de porter atteinte à la dignité humaine:

Elle relève de l’intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n’ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par

of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society per se, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

Using the concept of human dignity explained in *Law*, the Trial Judge thoroughly examined the contextual factors to determine whether the exclusion of the appellants from the AFS has the effect of demeaning their dignity. Recognizing that the focus of the inquiry is both subjective and objective, she examined the factors from the perspective of the appellants before concluding that, viewed from the perspective of the reasonable person, similarly situated with the appellants, the exclusion from the AFS had not demeaned the appellants' human dignity.

[54] Although the contextual factors are to be assessed subjectively, from the position of the appellants, a court must be satisfied that the claimant's assertion that the differential treatment demeans his or her dignity is supported by an objective assessment of the situation. Accordingly, all of that individual or group's traits, history, and circumstances must be considered in evaluating whether a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the program which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity.

[55] In *Lavoie*, the Court described the subjective-objective test, at paragraph 47, as follows:

In measuring the appellants' subjective experience of discrimination against an objective standard, it is crucial not to elide the distinction between the claimant's onus to establish a *prima facie* s. 15(1) violation and the state's onus to justify such a violation under s. 1. Section 15(1) requires the claimant to show that her human dignity and/or freedom is adversely

des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

En utilisant le concept de la dignité humaine qui a été expliqué dans l'arrêt *Law*, le juge de première instance a examiné à fond les facteurs contextuels en vue de déterminer si l'exclusion des appelants de la SPA a pour effet de porter atteinte à leur dignité. Le juge, qui reconnaissait que la portée de l'examen est à la fois subjective et objective, a examiné les facteurs du point de vue des appelants avant de conclure que, du point de vue de la personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle des appelants, l'exclusion du champ d'application de la SPA n'avait pas porté atteinte à la dignité humaine des appelants.

[54] Les facteurs contextuels doivent être appréciés subjectivement, mais selon les appelants, la Cour doit être convaincue que l'assertion du demandeur selon laquelle le traitement différent porte atteinte à sa dignité est étayée par une appréciation objective de la situation. Par conséquent, il faut tenir compte de toutes les caractéristiques de cette personne ou de ce groupe, de ses antécédents et de sa situation pour déterminer si une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur conclurait que le programme qui impose un traitement différent a pour effet de porter atteinte à sa dignité.

[55] Dans l'arrêt *Lavoie*, la Cour a décrit comme suit, au paragraphe 47, le critère subjectif-objectif:

Pour jauger l'expérience subjective de discrimination de chaque appelante à partir d'une norme objective, il est crucial de ne pas escamoter la distinction entre la charge de la preuve *prima facie* d'une atteinte au par. 15(1) qui incombe au demandeur et la charge de justifier l'atteinte en vertu de l'article premier qui incombe à l'État. Le paragraphe 15(1)

affected. The concepts of dignity and freedom are not amorphous and, in my view, do not invite the kind of balancing of individual against state interest that is required under s. 1 of the Charter. On the contrary, the subjective inquiry into human dignity requires the claimant to provide a rational foundation for her experiences of discrimination in the sense that a reasonable person similarly situated would share that experience.

[56] According to this approach, the claimant's subjective experience is examined through an objective lens so that subsection 15(1) is not found to be violated every time a claimant alleges that his or her dignity has been harmed. Even though Chief Akiwenzie testified that his people felt left out and forgotten when they learned that the AFS did not apply to them, in my view, the Trial Judge did not err in concluding that a reasonable person, in circumstances similar to the Nawash People, would not feel that the exclusion from the AFS imposes differential treatment which has the effect of demeaning one's dignity.

[57] Like the FNF, the AFS is targeted at ameliorating the conditions of disadvantage for specific Aboriginal groups. This is another detail that comes into play in assessing whether human dignity is harmed. As such, I refer to the principle from *Lovelace* which states that exclusion from an ameliorative program is not likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society. The targeted arrangement and circumstances surrounding the implementation of the AFS do not result in any lack of recognition of the appellants as a self-governing community. This factor consequently militates against a finding that the AFS has the effect of demeaning the appellants' human dignity.

[58] The fact that the AFS has an ameliorative purpose, and the effect of this finding, needs further elaboration. Specifically, where the ameliorative purpose or effect of a program like this one is in harmony with the purpose of subsection 15(1) of the Charter, the

oblige le demandeur à montrer que sa dignité humaine ou sa liberté est compromise. La dignité et la liberté ne sont pas des notions floues et, à mon avis, elles n'appellent pas le type de mise en balance de l'intérêt de la personne et de celui de l'État qu'exige l'article premier de la Charte. Au contraire, l'examen subjectif de la dignité humaine oblige le demandeur à établir le fondement rationnel de son expérience de discrimination en ce sens qu'une personne raisonnable vivant une situation semblable partagerait cette expérience.

[56] Conformément à cette approche, l'expérience subjective du demandeur est examinée selon un point de vue objectif de sorte qu'il n'est pas conclu que le paragraphe 15(1) est violé chaque fois qu'un demandeur allègue que sa dignité a été bafouée. Même si le chef Akiwenzie a témoigné que son peuple a été mis à l'écart et oublié lorsqu'il a appris que la SPA ne s'appliquait pas à lui, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur, à mon avis, en concluant qu'une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du peuple Nawash ne croirait pas que l'exclusion de la SPA impose un traitement différent ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité.

[57] Comme le FPN, la SPA vise à améliorer la situation désavantageuse de groupes autochtones précis. Cet autre détail entre en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer si la dignité humaine est bafouée. Cela étant, je me reporterai au principe énoncé dans l'arrêt *Lovelace*, selon lequel le fait d'exclure un groupe d'un programme améliorateur n'est pas susceptible d'associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance et d'intégration au sein de la société dans son ensemble. L'arrangement ciblé et les circonstances dans lesquelles la SPA a été mise en œuvre n'entraînent pas une absence de reconnaissance des appelants en tant que collectivité jouissant de l'autonomie gouvernementale. Ce facteur milite donc à l'encontre d'une conclusion selon laquelle la SPA a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine des appelants.

[58] Des précisions additionnelles doivent être données au sujet du fait que la SPA a un objet d'amélioration ainsi qu'au sujet de l'effet de cette conclusion. Plus précisément, lorsque l'objet ou l'effet d'amélioration d'un programme comme celui-ci est

exclusion of a group like the appellants from that program is not likely to violate human dignity. Although groups like the Nawash People, who find themselves excluded from targeted programs like the AFS, may legitimately feel left out and disempowered, to find that such a program violates the equality provisions of the Charter might serve as a disincentive to the creation of future targeted programs designed to ameliorate the depressed social and economic conditions of Canada's Aboriginal communities. Section 15 is a tool to foster equality by eliminating discriminatory laws or government practices that unfairly privilege one group in society over another. Although the section 15 equality jurisprudence has evolved since 1985 to recognize more subtle forms of discrimination, and although analogous grounds upon which discrimination can be based have been expanded, this provision was not designed to thwart ameliorative programs aimed at eradicating disadvantage in particular situations. This is not to say that section 15 could not be used to rectify the discriminatory effects of an underinclusive program which is found to be at odds with the purpose of subsection 15(1), but the AFS is not such a program.

[59] To recap, I find that the Trial Judge did not err in her application of *Law* to the appellants' subsection 15(1) claim. I agree with her conclusion that the distinction drawn by the AFS, between inland bands such as the Nawash People and coastal Aboriginal fishing communities, is not one that is based on a personal characteristic. Like the Trial Judge, I have also refrained from deciding whether the analogous ground of Aboriginality-residence recognized in *Corbiere* should be expanded to include on-reserve status. And finally, I agree with the Trial Judge's finding that the appellants' dignity has not been harmed by being excluded from the program. Consequently, the Trial Judge was correct to find that the AFS is not a discriminatory program contrary to subsection 15(1).

conforme à l'objet du paragraphe 15(1) de la Charte, le fait d'exclure de ce programme un groupe comme celui des appelants n'est pas susceptible de violer la dignité humaine. Des groupes tels que les Nawash, qui se trouvent exclus de programmes ciblés comme la SPA, peuvent légitimement se sentir oubliés et tenus à l'écart du pouvoir, mais conclure que pareil programme viole les dispositions de la Charte relatives à l'égalité pourrait servir à décourager la création de programmes ciblés futurs destinés à améliorer la situation sociale et économique défavorisée des collectivités autochtones du Canada. L'article 15 est un outil destiné à encourager l'égalité en éliminant les lois ou pratiques gouvernementales discriminatoires qui privilégient d'une façon inéquitable un groupe de la société par rapport à un autre. La jurisprudence portant sur l'égalité prévue à l'article 15 a évolué depuis 1985; elle a reconnu des formes plus subtiles de discrimination et, même si la portée des motifs analogues sur lesquels la discrimination peut être fondée a été élargie, cette disposition n'était pas destinée à nuire aux programmes améliorateurs visant à éliminer un désavantage dans des cas particuliers. Cela ne veut pas dire que l'article 15 ne pourrait pas être utilisé pour remédier aux effets discriminatoires d'un programme dont le champ d'application est trop limitatif et qui est considéré comme allant à l'encontre de l'objet du paragraphe 15(1), mais la SPA n'est pas un tel programme.

[59] En résumé, je conclus que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en appliquant l'arrêt *Law* à l'allégation des appelants fondée sur le paragraphe 15(1). Je souscris à la conclusion tirée par le juge, à savoir que la distinction établie par la SPA entre les bandes des régions intérieures comme les Nawash et les collectivités côtières de pêcheurs autochtones n'est pas fondée sur une caractéristique personnelle. Comme le juge de première instance, je me suis abstenu de déterminer si le motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence reconnu dans l'arrêt *Corbiere* doit s'appliquer de façon à inclure la qualité de membre dans une réserve. Enfin, je souscris à la conclusion du juge de première instance lorsqu'elle dit que la dignité des appelants n'a pas été bafouée du fait qu'ils ont été exclus du programme. Par conséquent, le juge de première instance a eu raison de conclure que la SPA n'est pas un programme discriminatoire allant à l'encontre du paragraphe 15(1).

[60] I will now briefly deal with the subsidiary issues raised in this appeal.

#### FIDUCIARY DUTY

[61] The appellants argued before the Trial Judge that the delegation of the administration of fisheries management to Ontario constituted a breach of the Crown's fiduciary duty because the Crown treated comparable beneficiaries unequally and favoured the respondents' own administrative convenience and economic concerns over the concerns of the Crown's beneficiaries. The respondents admitted that the Crown has a fiduciary relationship with the Aboriginal peoples of Canada, but argued that the Court was obliged to assess the specific relationship to determine if circumstances exist which give rise to a fiduciary duty. The Trial Judge accepted the respondents' submission, and, after examining two approaches (reasonable expectation and ceding power) to fiduciary obligations, concluded that no fiduciary obligation to the Nawash People existed with respect to the AFS because there was no evidence of any statute, contract, unilateral undertaking, or conduct pointing to a fiduciary relationship in this context.

[62] On appeal the appellants argued that evidence adduced at trial establishes that they both ceded power to the respondents and had a reasonable expectation that their fishing rights would be protected by the federal, and not the provincial, government. The responsibility of the federal Crown for the welfare of Aboriginal peoples, they argue, is one that cannot be subordinated to a provincial government, irrespective of where the Aboriginal and treaty rights might be exercised. The appellants allege that when implementing a program to facilitate or recognize Aboriginal rights in Canada, there is a fiduciary duty upon the Crown to see that the program applies equally to all Aboriginal peoples who hold those rights. They argue that the fiduciary duty arose simply out of the setting up of the AFS program so as to recognize the rights articulated by the *Sparrow* decision.

[60] J'examinerai maintenant brièvement les questions accessoires qui sont soulevées dans l'appel.

#### L'OBLIGATION FIDUCIAIRE

[61] Les appelants ont soutenu devant le juge de première instance que la délégation de l'administration de la gestion des pêches à l'Ontario constituait un manquement à l'obligation fiduciaire qui incombait à la Couronne parce que la Couronne avait traité de façon inégale des bénéficiaires comparables et avait favorisé ses propres intérêts administratifs et ses propres préoccupations économiques au détriment de ceux de ses bénéficiaires. Les intimés ont admis qu'il existait une relation fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada, mais ils ont soutenu que la Cour était tenue d'apprécier la relation spécifique dans le but de déterminer s'il existe des circonstances donnant lieu à une obligation fiduciaire. Le juge de première instance a retenu l'argument des intimés; après avoir examiné deux approches (les attentes raisonnables et la cession de pouvoir) à l'égard des obligations fiduciaires, elle a conclu qu'il n'existait aucune obligation fiduciaire envers les Nawash pour ce qui est de la SPA parce que rien ne montrait qu'une loi, un contrat, un engagement unilatéral ou une conduite indiquait qu'une relation fiduciaire était créée dans ce contexte.

[62] En appel, les appelants ont soutenu que la preuve soumise en première instance établit qu'ils ont cédé leur pouvoir aux intimés et qu'il existait des attentes raisonnables que leurs droits de pêche soient protégés par le gouvernement fédéral plutôt que par le gouvernement provincial. Selon les appelants, la responsabilité de la Couronne fédérale pour ce qui est du bien-être des peuples autochtones ne peut pas être subordonnée à un gouvernement provincial, et ce, indépendamment de l'endroit où les droits ancestraux et les droits issus de traités pourraient être exercés. Les appelants allèguent que lorsqu'un programme visant à faciliter ou à reconnaître des droits ancestraux au Canada est mis en œuvre, la Couronne a l'obligation fiduciaire de s'assurer que le programme s'applique uniformément à tous les peuples autochtones qui sont titulaires de ces droits. Ils affirment que l'obligation fiduciaire a pris naissance simplement du fait que le programme de la SPA a été mis sur pied de façon à reconnaître les droits énoncés dans la décision *Sparrow*.

[63] The appellants arguments are unsupported by the evidence adduced at trial. The AFS is a program designed to facilitate the management of Aboriginal fishing in fisheries managed by DFO in a manner consistent with ensuring sufficient access of Aboriginal peoples to the fishery resource to satisfy their food, social and ceremonial needs as well as their desire for co-operative management of their fishing. The Trial Judge correctly applied the doctrine of “reasonable expectations” and the “ceding of power-vulnerability” approach to determine whether a fiduciary duty is owed to the appellants with respect to the AFS. As a result, her determination that no such duty is owed in the context of the AFS should not be disturbed.

#### THE AFS IN ONTARIO

[64] The appellants contend that the Trial Judge misapprehended the evidence and erred in law in finding that the federal government is unable to implement the AFS in the province of Ontario. The federal government, they say has refused to apply the AFS in Ontario not because of constitutional or legislative incompetence, but because of administrative and fiscal convenience.

[65] The respondents contend that this argument is a “red-herring”, and I tend to agree. In this case the appellants have focussed on the incentive aspect of the AFS, with little reference to the fact that a large part of the program entails negotiations between the Crown and the Aboriginal communities involved in the program. The effect of these negotiations is that Aboriginal access to the fishery in the participating communities is regulated and supervised. The Trial Judge found that no benefits flow from the AFS until an Aboriginal fishing agreement is negotiated with a particular community. Accordingly, the federally run AFS only applies to bands located in areas where the DFO has control over the allocation of fishery resources. As the province of Ontario controls the allocation of fishery resources within its borders, the federal government would be encroaching on this delegated authority if it were to endeavour to implement the AFS in non-coastal areas like Georgian Bay. So, while it may be constitutionally

[63] Les arguments des appelants ne sont pas étayés par la preuve qui a été soumise en première instance. La SPA est un programme destiné à faciliter la gestion de la pêche autochtone en ce qui concerne les pêches gérées par le MPO, de façon à assurer aux peuples autochtones un accès suffisant à la ressource halieutique pour satisfaire à leurs besoins alimentaires, sociaux et rituels ainsi qu’à leur désir d’assurer la gestion collective de leur pêche. Le juge de première instance a appliqué correctement la doctrine des «attentes raisonnables» et l’approche «cession de pouvoir-vulnérabilité» pour déterminer s’il existe une obligation fiduciaire envers les appelants à l’égard de la SPA. La conclusion du juge selon laquelle il n’existe aucune obligation de ce genre dans le contexte de la SPA ne devrait donc pas être modifiée.

#### LA SPA EN ONTARIO

[64] Les appelants soutiennent que le juge de première instance a mal apprécié la preuve et qu’elle a commis une erreur de droit en concluant que le gouvernement fédéral ne peut pas mettre en œuvre la SPA en Ontario. Ils affirment que le gouvernement fédéral a refusé d’appliquer la SPA en Ontario non parce qu’il n’est pas compétent sur le plan constitutionnel ou législatif, mais pour des raisons de commodité administrative et financière.

[65] Les intimés soutiennent que cet argument est un «faux-fuyant»; j’ai tendance à souscrire à leur avis. En l’espèce, les appelants ont mis l’accent sur l’élément incitatif de la SPA en faisant peu de cas du fait qu’une bonne partie du programme comporte des négociations entre la Couronne et les collectivités autochtones participant au programme. L’effet de ces négociations est que l’accès autochtone à la pêche dans les collectivités participantes est réglementé et supervisé. Le juge de première instance a conclu que la SPA ne confère aucun avantage tant que l’entente relative à la pêche autochtone n’est pas négociée avec une collectivité particulière. La SPA gérée au palier fédéral s’applique donc uniquement aux bandes habitant dans des régions où le MPO exerce un contrôle sur l’allocation des ressources halieutiques. Étant donné que la province d’Ontario contrôle l’allocation des ressources halieutiques sur son territoire, le gouvernement fédéral empiéterait sur ce pouvoir délégué s’il devait tenter de mettre en œuvre la SPA dans

possible for the federal government to alter its administrative arrangement with the provinces regarding the management of inland fisheries, subsection 15(1) does not require them to do this.

#### MEDIATED DISCUSSIONS

[66] The appellants argued that the mediated discussions are irrelevant to their subsection 15(1) claim, and that the Trial Judge fundamentally erred in relying on them. Furthermore, they contend that the respondents unfairly relied on the “draft without prejudice” document, found to be inadmissible, to conduct their cross-examination of Chief Akiwenzie. This evidence, they say, was derived from the draft document, a derivative use which it is submitted is impermissible.

[67] As the respondents pointed out, it was the appellants themselves who introduced into evidence the substance and content of these mediated discussions. Evidence of these discussions was adduced during the examination-in-chief of Chief Akiwenzie, and as a result, before cross-examination ever started, the Trial Judge was aware that a co-management arrangement for commercial fishing between the Nawash People and the Province of Ontario was being negotiated. Moreover, the appellants did not object to any of the questions put to Chief Akiwenzie on cross-examination.

[68] The Trial Judge relied on the evidence of the mediated discussion in considering the contextual factor “nature of the interest affected” in the final part of the *Law* analysis. From the evidence before her she said that she was not persuaded that the appellants were excluded from the opportunity to enter into a co-management agreement concerning their fishery. I agree with this approach. Further, I do not think the Trial Judge erred by considering evidence of the mediated discussions, adduced by the appellants, to determine whether the appellants’ exclusion from the AFS resulted in severe and localized consequences. If there was any privilege

des régions non côtières comme la baie Georgienne. Sur le plan constitutionnel, il est peut-être possible pour le gouvernement fédéral de modifier l’arrangement administratif auquel il est arrivé avec les provinces au sujet de la gestion des pêches intérieures, mais le paragraphe 15(1) ne les oblige pas à le faire.

#### DISCUSSIONS SOUMISES À LA MÉDIATION

[66] Les appelants ont soutenu que les discussions qui ont été soumises à la médiation ne sont pas pertinentes aux fins de leur allévation fondée sur le paragraphe 15(1) et que le juge de première instance a fondamentalement commis une erreur en se fondant sur ces discussions. En outre, ils affirment que les intimés se sont fondés d’une façon inéquitable sur le document qu’on a désigné comme étant un [TRADUCTION] «projet établi sous toute réserve», qui a été jugé inadmissible, pour contre-interroger le chef Akiwenzie. Ils affirment que cette preuve était tirée du projet de document, soit une utilisation secondaire qui, est-il soutenu, serait prohibée.

[67] Comme les intimés le soulignent, ce sont les appelants eux-mêmes qui ont présenté en preuve la substance et le contenu des discussions soumises à la médiation. La preuve de ces discussions a été présentée au cours de l’interrogatoire principal du chef Akiwenzie et, avant même que le contre-interrogatoire commence, le juge de première instance savait donc que des négociations en vue d’une entente de cogestion de la pêche commerciale entre les Nawash et la province d’Ontario étaient en cours. En outre, les appelants ne se sont pas opposés aux questions qui ont été posées au chef Akiwenzie pendant le contre-interrogatoire.

[68] Le juge de première instance s’est fondé sur la preuve des discussions soumises à la médiation en examinant le facteur contextuel de la «nature du droit touché» dans la dernière partie de l’analyse effectuée selon l’arrêt *Law*. Le juge a dit que, compte tenu des éléments de preuve qui lui avaient été soumis, elle n’était pas convaincue qu’il était interdit aux appelants de conclure une entente au sujet de la cogestion de leurs pêches. Je souscris à cette approche. En outre, je ne crois pas que le juge de première instance ait commis une erreur en tenant compte de la preuve relative aux discussions soumises à la médiation fournie par les

attached to the mediated discussions, it was waived by the appellants who lead the evidence.

#### CONCLUSION

[69] This appeal should be dismissed with costs.

SEXTON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

appelants en vue de déterminer si l'exclusion des appelants du champ d'application de la SPA entraînait des conséquences localisées graves. Si un privilège se rattachait aux discussions soumises à la médiation, les appelants y ont renoncé en présentant la preuve.

#### CONCLUSION

[69] L'appel doit être rejeté avec dépens.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.