

T-1993-02  
2003 FCT 115

T-1993-02  
2003 CFPI 115

**Darlene Francis, James Gabriel, in his capacity as Grand Chief, Clarence Simon, in his capacity as Chief, and Mary Chéné, in her capacity as Chief (Applicants)**

**Darlene Francis, James Gabriel, en sa qualité de grand chef, Clarence Simon, en sa qualité de chef, et Mary Chéné, en sa qualité de chef (demandeurs)**

v.

c.

**The Mohawk Council of Kanesatake, Steven Bonspille, in his capacity as Chief, Pearl Bonspille in her capacity as Chief, John Harding, in his capacity as Chief, and the Attorney General of Canada (Respondents)**

**Le Conseil mohawk de Kanesatake, Steven Bonspille, en sa qualité de chef, Pearl Bonspille, en sa qualité de chef, John Harding, en sa qualité de chef, et le procureur général du Canada (défendeurs)**

**INDEXED AS: FRANCIS v. MOHAWK COUNCIL OF KANESATAKE (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: FRANCIS c. CONSEIL MOHAWK DE KANESATAKE (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Martineau J.—Ottawa, December 16, 2002 and January 31, 2003.

Section de première instance, juge Martineau—Ottawa, 16 décembre 2002 et 31 janvier 2003.

*Native Peoples — Elections — Judicial review of Council decision to call by-election “in accordance with the Electoral Code of Kanesatake” necessitated by Chief’s death — Issue: whether non-resident Band members can vote — History behind current proceeding reviewed — Chief’s death resulting in Council deadlock — Council’s Executive Director taking steps to ensure by-election held in strict compliance with Code excluding non-residents from voting — Code provision not enforced at past elections — Since 1991, elections administered by neutral agency, this time by officials elected without notice given to non-residents — Officials probably biased — F.C.T.D. having jurisdiction to entertain application — Indian Act permitting elections governed by customary law — General legal principles regarding Band custom reviewed — No custom unless broad consensus — Custom not frozen in time — What meets broad consensus test — Cases on point considered — Whether approval by majority of resident, non-resident members required — Must ascertain how electoral Code applied in practice — Code never officially adopted, used as “guideline” — Parallel practices arose, now form part of Band custom — Analysis of context in which Code “adopted” — Before 1991, chiefs chosen by Clan Mothers — Dissatisfaction with process — Eventually, majority voted for elective process — Draft Code excluding non-residents as consequence of personal characteristics — Also eliminating use of outside consulting firm to run elections — Just 6% of eligible voters at meeting adopting draft Code in principle — Code not adopted by “broad consensus”, not constituting Band custom — Strict enforcement of Code residency requirements contravening Band custom — Band having implicitly accepted rules of natural justice — Reasonable*

*Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire de la décision du Conseil de tenir une élection partielle [TRADUCTION] «conformément au code électoral de Kanesatake» par suite du décès du chef — La question en litige est de savoir si les membres non-résidents de la Bande peuvent voter — Survol historique — Le décès du chef a donné lieu à une impasse au sein du Conseil — Le directeur général du Conseil a pris des mesures visant à faire en sorte que l’élection partielle se déroule d’une façon strictement conforme aux dispositions du code, qui prévoient l’exclusion des membres non-résidents de la Bande — Les exigences du code n’ont jamais été suivies au cours des élections antérieures — Depuis 1991, les élections étaient dirigées par un organisme de l’extérieur indépendant; cette fois-ci elles l’ont été par des scrutateurs qui ont été élus sans que les non-résidents soient informés — Les scrutateurs sont probablement partiels — La Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour statuer sur la demande — La Loi sur les Indiens permet que les élections se déroulent conformément à la coutume de la Bande — Examen des principes de droit généraux qui s’appliquent à la coutume de la Bande — Aucune coutume ne peut être reconnue à moins de faire l’objet d’un large consensus — La coutume n’est pas immuable — Pratique pouvant satisfaire au critère du large consensus — Examen de certaines décisions rendues à ce sujet — Question de savoir si l’approbation par une majorité des membres tant résidents que non-résidents est nécessaire — Il est nécessaire de savoir comment un code électoral a été appliqué en pratique — Le code n’a jamais été adopté de façon officielle, mais a plutôt été utilisé comme «ligne directrice» — Adoption de pratiques parallèles qui font*

*apprehension of bias — Issue herein not whether Indians having right to control own election process; mere factional dispute over process for particular election — Contemporary, not ancestral, custom — No room for Aboriginal right to self-government argument — Decision set aside, Council allowed time to fix election date, choose independent agency to conduct election.*

*maintenant partie de la coutume de la Bande — Analyse du contexte dans lequel le code a été «adopté» — Avant 1991, la sélection des chefs du Conseil était faite par les Clan Mothers — Cette façon de procéder a engendré de l'insatisfaction — Une majorité des membres de la Bande se sont prononcés en faveur du processus électoral — L'exclusion générale des non-résidents qui était prévue dans le projet de code était une conséquence des caractéristiques personnelles — Le projet de code prévoyait également l'élimination du recours à un cabinet de consultants de l'extérieur pour diriger les élections — Seulement 6 p. 100 des électeurs admissibles se sont exprimés en faveur de l'adoption «en principe» du projet de code — Le code n'a pas été adopté par un «large consensus» et ne constitue pas la coutume de la Bande — L'application à la lettre des exigences du code relatives à la résidence irait à l'encontre de la coutume de la Bande — La Bande a accepté implicitement les règles de justice naturelle — Crainte raisonnable de partialité — La présente affaire ne concerne pas la question de savoir si les Indiens ont le droit de contrôler leur processus électoral, mais porte essentiellement sur un différend entre deux factions au sujet du processus qui devrait s'appliquer à l'égard d'une élection donnée — Coutume contemporaine et non ancestrale — La présente affaire ne permet pas d'invoquer le droit à l'autonomie gouvernementale des autochtones — La Cour annule la décision attaquée et accorde aux membres du Conseil un peu de temps pour fixer une nouvelle date d'élection et s'entendre sur le choix d'un organisme indépendant qui dirigera la tenue du vote.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Application to quash Council resolution regarding Indian Band by-election — Band's law-making powers within Charter, s. 32 — Court not having to determine Charter, s. 15 arguments — S.C.C. having struck down, under s.15, Indian Act provision excluding off-reserve members from voting — Whether decision applicable to custom band election complex legal issue, awaits final resolution — No room for Aboriginal right to self-government argument as case involving factional dispute, not Indians' right to control own electoral process.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Demande en vue d'annuler une résolution du Conseil concernant la tenue d'une élection partielle d'une bande indienne — Les pouvoirs de réglementation de la Bande sont visés par l'art. 32 de la Charte — Il n'est pas nécessaire que la Cour se prononce sur les arguments fondés sur l'art. 15 de la Charte — La Cour suprême du Canada a invalidé, en vertu de l'art. 15 de la Charte, la disposition de la Loi sur les Indiens qui avait pour effet de retirer aux membres d'une bande indienne vivant en dehors des réserves le droit de voter — La question de savoir si le jugement de la Cour suprême du Canada s'applique également aux élections d'une bande régie par sa coutume est une question de droit complexe qui reste encore à trancher — La présente affaire ne permet pas d'invoquer le droit à l'autonomie gouvernementale des Autochtones, étant donné qu'elle porte sur un différend entre deux factions et non sur le droit des Indiens de contrôler leur processus électoral.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Application to quash Council resolution concerning Indian Band by-election — Declarations, injunctive relief also sought — Issue whether non-resident band members having right to vote — Council's Executive Director taking steps to ensure non-residents excluded in accordance with draft electoral Code — Code exclusionary provision not enforced at elections*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Demande en vue d'annuler une résolution du Conseil concernant l'élection partielle d'une bande indienne — Des déclarations et d'autres mesures injonctives sont également sollicitées — La question en litige est de savoir si les membres non-résidents de la Bande ont le droit de voter — Le directeur général a pris des mesures visant à faire en sorte que les*

during last decade — Practice of retaining consulting firm to run elections abandoned in favour of biased, elected Band members lacking expertise — Band Council's powers similar to those of municipal Council — Decisions open to judicial review as those of federal board even in respect of election under band custom, not Indian Act — Just 6% of eligible voters at meeting approving in principle draft Code — Very low turnout compared with recent elections — Code since substantially modified, never ratified by Community — Regulations under Code not binding as Code unratified — Band having implicitly adopted natural justice rules — Non-residents not given notice of meeting to elect Election Supervisors, no secret ballot — Reasonable apprehension of bias — Decision set aside but injunction, mandamus not now granted — Council allowed time to fix election date, choose independent agency to supervise election.

*Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Application for judicial review of Indian Band Council decision regarding by-election — Jurisdiction challenged — F.C.T.D. having jurisdiction to grant reliefs sought — Band Council is federal board, even as to elections under custom, not Indian Act — Since it is Indian Act that authorizes elections governed by customary law, refusal to recognize Band member's right to vote is reviewable under Federal Court Act, ss. 18, 18.1 — F.C.T.D. having jurisdiction to grant declaratory relief although custom elections held under band's inherent power: Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council.*

This was an application for the judicial review of a resolution, adopted unanimously, of the Mohawk Council of Kanesatake, calling a by-election "in accordance with the Electoral Code of Kanesatake" necessitated by the death of the former Chief. The applicants, three Council members and a non-resident Band member, ask that the resolution be set aside

non-résidents soient exclus conformément aux dispositions du projet de code électoral — L'exclusion prévue au code n'a pas été appliquée lors des élections tenues au cours de la dernière décennie — La pratique de confier à un cabinet de consultants la tâche de diriger le déroulement des élections a été remplacée par le recours à des membres élus de la Bande qui étaient partiels et n'avaient aucune compétence spécialisée dans ce domaine — Les pouvoirs d'un conseil de bande sont semblables à ceux d'un conseil municipal — Les décisions d'un conseil de bande sont susceptibles de révision de la même manière que celles d'un office fédéral, même en ce qui concerne une élection tenue conformément à la coutume de la bande et non conformément à la Loi sur les Indiens — Seulement 6 p. 100 des électeurs admissibles ont approuvé en principe le projet de code — Le nombre de participants est très faible comparativement à celui des récentes élections — Le code a été modifié en profondeur depuis, mais n'a jamais été ratifié par les membres de la Communauté — Le règlement auquel le code renvoie ne peut être exécutoire que si celui-ci a été ratifié — La Bande a implicitement accepté les règles de justice naturelle — Les membres non-résidents n'ont pas été informés de la tenue d'une assemblée visant à élire les scrutateurs et ceux-ci n'ont pas été élus dans le cadre d'un scrutin secret — Crainte raisonnable de partialité — La décision est annulée, mais la demande de mandamus ou d'ordonnance de faire n'est pas tranchée dans la présente ordonnance — La Cour accorde aux membres du Conseil un peu de temps pour fixer une nouvelle date d'élection et s'entendre sur le choix d'un organisme indépendant qui dirigera la tenue du vote.

*Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un conseil de bande indienne concernant une élection partielle — Contestation de la compétence de la Cour — La Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour accorder les réparations demandées — Le Conseil de bande est un office fédéral, même si ses élections se déroulent conformément à une coutume et non conformément à la Loi sur les Indiens — Étant donné que c'est la Loi sur les Indiens qui permet la tenue d'élections conformément au droit coutumier, le refus de reconnaître le droit de vote d'un membre de la Bande est une décision susceptible de révision en vertu des art. 18 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale — La Section de première instance de la Cour fédérale a compétence pour prononcer un jugement déclaratoire, même si les élections suivant la coutume sont tenues en vertu du pouvoir inhérent de la bande: Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290.*

Demande de contrôle judiciaire d'une résolution que les membres du Conseil de bande de Kanesatake ont adoptée à l'unanimité afin d'exiger la tenue d'une élection partielle [TRADUCTION] «conformément au code électoral de Kanesatake» par suite du décès de l'ancien chef. Les demandeurs, dont trois sont membres du Conseil et le

and also seek a declaration of Band custom and injunctive relief. At issue was the effect of the resolution, specifically whether non-resident Band members might participate in the electoral process—the decision on which could well determine the outcome of the by-election.

The functioning of the Council has been impaired by profound internal division and much litigation. This application had to be dealt with on an urgent basis, Chief Gabriel's death having created a deadlock. The Council's Executive Director has been taking steps to ensure that the by-election takes place in strict compliance with the Code whereunder non-residents are excluded. Non-residents were not notified of a community meeting held to elect Election Supervisors and a Council of Elders. It appears that non-residents will not be allowed to vote and that their exclusion—though mentioned in the Code—had not been enforced in past elections. Since 1991, elections have been administered by an independent agency while this time around the Election Supervisors are probably biased.

*Held*, the application should be allowed in part; the impugned decision should be set aside but a mandatory injunction or *mandamus* should not be granted at this time.

Respondents challenged the Court's jurisdiction to entertain this application but that challenge could not succeed. The Trial Division, under *Federal Court Act*, section 18, has power to grant the reliefs sought herein against any federal board, commission or other tribunal, and this and other courts have held that a band council is a federal board. This has been held to apply in respect of a band council election under band custom rather than under the *Indian Act*. Respondents' submission that a band council is a federal board only when exercising *Indian Act* powers, could not be accepted, this Court's decision in *Bigstone v. Big Eagle* not standing for the proposition suggested by them. It is no longer correct to suggest that the powers of a band council are somewhat similar to those of a corporate board of directors. It is preferable to compare band councils to municipal councils. There is no doubt that the Band's law-making powers fell within Charter, section 32. It is significant that it is subsection 2(1) of the *Indian Act* which allows for the recognition of customary laws governing elections to Council so that a Council elected by that process can be said to have status in accordance with the *Indian Act*. Thus, a refusal to recognize a Band member's right to vote at an election under Band custom is reviewable under

quatrième, un membre non-résident de la Bande, demandent à la Cour d'annuler la décision attaquée, de déclarer en quoi consiste la coutume de la Bande et de prononcer d'autres mesures injonctives. Les parties ne s'entendaient pas sur les effets de la résolution, notamment sur la question de savoir si les membres non-résidents de la Bande pouvaient participer au processus électoral, et la décision à ce sujet pourrait influencer le résultat de l'élection partielle.

Le fonctionnement du Conseil a été miné par des dissensions internes profondes ainsi que par de nombreux litiges. L'état d'urgence qui a donné lieu à l'audition accélérée de la présente demande découle de l'impasse créée par le décès du chef Gabriel. Le directeur général du Conseil a pris un certain nombre de mesures visant à faire en sorte que l'élection partielle se déroule d'une façon strictement conforme aux dispositions du code, qui prévoient l'exclusion des non-résidents. Les membres non-résidents de la Bande n'ont pas été avisés de la tenue d'une assemblée de la Communauté aux fins de l'élection des scrutateurs et d'un conseil des aînés. Il semble que les non-résidents ne seront pas autorisés à voter et que leur exclusion, même si elle était mentionnée dans le code, n'a jamais été exigée au cours des élections antérieures. Depuis 1991, les élections étaient dirigées par un organisme de l'extérieur indépendant, alors que dans ce cas-ci, les scrutateurs sont probablement partiaux.

*Jugement*: la demande doit être accueillie en partie; la décision attaquée doit être annulée, mais la demande de *mandamus* ou d'ordonnance de faire ne doit pas être tranchée pour l'instant.

Les défendeurs ont soutenu que la Cour n'avait pas compétence pour trancher la présente demande, mais ils ne pouvaient avoir gain de cause à cet égard. La Section de première instance a compétence, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour accorder les réparations demandées en l'espèce à l'encontre de tout office fédéral et la Cour fédérale ainsi que d'autres cours de justice ont déjà statué qu'un conseil de bande est un office fédéral. Il a également été décidé que cette conclusion s'appliquait lorsque l'élection du conseil avait lieu conformément à la coutume de la bande et non conformément à la *Loi sur les Indiens*. L'argument des défendeurs selon lequel un conseil de bande est un office fédéral uniquement lorsqu'il exerce des pouvoirs découlant de la *Loi sur les Indiens* ne pouvait être retenu, la décision que la Cour a rendue dans *Bigstone c. Big Eagle* n'ayant pas les effets que les défendeurs lui attribuent. Il n'est plus juste désormais de dire que les pouvoirs d'un conseil de bande ressemblent quelque peu à ceux d'un conseil d'administration d'une société. Il est préférable de comparer les conseils de bande à des conseils municipaux. Les pouvoirs de réglementation de la Bande étaient indéniablement visés par l'article 32 de la Charte. C'est le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens* qui

*Federal Court Act*, sections 18 and 18.1.

Nor could the Court accept the argument, that this was a purely internal matter that should be left to the Community. In *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, this Division held that it did have jurisdiction to grant declaratory relief even while observing that custom elections are held under a band's inherent power rather than under authority delegated by statute.

Prior to considering the merits of this case, certain general legal principles regarding Band custom were reviewed. First of all, those who rely upon "custom" must establish what it is and the derivation thereof. The Act fails to furnish any guidelines as to how custom is to be identified. In *Bigstone*, Strayer J. said that "custom" would include practices generally acceptable to band members and as to which there was a broad consensus. The "practices" could be established either by acts repeated over time or by a single act such as the adoption of an electoral code. Custom is not frozen in time but changes in response to changed circumstances. A question remains as to whose consent must be obtained to establish custom. Several cases have dealt with the test of a "broad consensus". The answer depends upon a number of factors. A further question is whether the approval by a majority of both resident and non-resident members is required for it to be said that the Community's voice as whole has been heard.

It was necessary to ascertain how an electoral code has been applied in practice to such questions as who is entitled to vote and who will administer the conduct of elections. Behaviours arising through attitudes, habits, abstentions, shared understandings and tacit acquiescence often develop alongside a codified rule and these may colour, specify, complement and even limit the text of a particular rule. These behaviours may become the new band custom. For a rule to become custom, a practice contemplated thereby must be firmly established, generalized and followed consistently by a majority of the

permet de reconnaître l'application du droit coutumier au déroulement des élections d'un conseil de bande, de sorte qu'un conseil ainsi élu a qualité conformément à la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, le refus de reconnaître le droit d'un membre d'une bande de voter lors d'une élection tenue suivant la coutume de la bande est une décision susceptible de révision en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

La Cour ne pouvait non plus accepter l'argument selon lequel il s'agissait d'une question purement interne qui devait être tranchée par la Communauté. Dans *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*, la Cour a statué qu'elle avait compétence pour prononcer un jugement déclaratoire, même si elle a fait remarquer que les élections suivant la coutume sont tenues en vertu du pouvoir inhérent de la bande et non en vertu d'un pouvoir délégué en application de la loi.

Avant d'examiner le fond du présent litige, la Cour a passé en revue certains principes de droit généraux qui s'appliquent à la coutume de la Bande. D'abord, il incombe à ceux qui invoquent la «coutume» de prouver son contenu et les écarts par rapport à celle-ci. La Loi n'énonce aucune ligne directrice quant à la façon de déterminer la coutume. Dans la décision *Bigstone*, le juge Strayer a indiqué que la «coutume» devrait inclure des pratiques qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande et qui font l'objet d'un large consensus. Les «pratiques» pourraient être établies soit par des actes répétitifs, soit au moyen d'une mesure isolée comme l'adoption d'un code électoral. La coutume n'est pas immuable, mais évolue selon les circonstances. La question demeure celle de savoir quelles sont les personnes dont le consentement doit être obtenu pour l'établissement d'une coutume. Le critère du «large consensus» a été commenté dans plusieurs décisions. La réponse dépendait d'un certain nombre de facteurs. Si, par exemple, l'assemblée générale était tenue à un endroit ou à un moment faisant en sorte qu'il est difficile pour plusieurs membres d'y assister et qu'il n'y avait aucune possibilité de voter par procuration, elle pourrait ne pas satisfaire au critère. Une autre question est de savoir si l'approbation par une majorité des membres tant résidents que non-résidents d'une bande est nécessaire pour qu'il soit possible de dire que la voix de l'ensemble de la communauté a été entendue.

Il était nécessaire de savoir comment un code électoral avait été appliqué en pratique à certaines questions, par exemple relativement à la question de savoir qui a le droit de voter et qui dirigera le déroulement des élections. Il arrive fréquemment que des attitudes, habitudes, abstentions, opinions partagées et assentiments tacites se manifestent parallèlement à l'application d'une règle codifiée et viennent préciser, nuancer ou compléter le texte de celle-ci. Ces comportements peuvent devenir la nouvelle coutume de la bande. Pour qu'une règle devienne une coutume, la pratique

community. If there is evidence of a broad consensus, the views of an insignificant number of members who have persistently objected to the rule can be disregarded. Upon a review of the case law, the question could be framed as: whether the resolution, decision or code was based on a majority consensus of all those who, on the evidence, appear to be Band members, regardless of residency.

In the case at bar, the Code and Regulations were never officially adopted but the Code has been used as a "guideline" for the conduct of elections. This situation has given rise to parallel practices which now form part of the Band custom. That is why it is open to applicants to argue that the impugned decision, calling as it does for the by-election to be conducted "in strict compliance" with the Code, ought to be quashed as contrary to Band custom. Respondents' argument was that the Code, adopted at a public meeting in 1992, demonstrated a broad consensus and the fact that it has not been strictly adhered to did not constitute an amendment. In view of the parties' arguments, the Court had to analyse the context in which the Code was "adopted" and determine whether a "broad consensus" had been achieved.

Prior to 1991, chiefs were chosen by the Clan Mothers under band custom but certain elements within the Community became dissatisfied with this manner of proceeding and strove, unsuccessfully, for three decades to have an elective system introduced. Having become concerned about this matter, in 1988 Indian and Northern Affairs required that a referendum take place but the Minister's right to conduct such referendum was contested. The Court eventually ruled that the referendum proceed. It took place in 1991 and was conducted by a neutral organization retained by the government department. A majority voted in favour of adopting an elective process.

The neutral agency then conducted the election of an interim Council, all Band members aged 18 or over being eligible to vote regardless of residence. In 1992, the agency was yet again called upon to conduct elections, this time "in accordance with the newly defined custom election code of Kanestake". May 30 was to be election day even though the Code remained to be finalized let alone submitted for Band member approval. In March or April the draft Code was circulated within the Community. The draft Code provided for the exclusion from the nominating and voting process of

qu'elle vise doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté. Si un large consensus est démontré, il permettra de ne pas tenir compte de l'opinion d'un nombre infime de membres qui se sont constamment opposés à la règle. À la lumière de toutes les décisions examinées, la question pouvait être formulée comme suit: la résolution, la décision ou le code était-il fondé sur un consensus majoritaire de toutes les personnes qui, d'après la preuve, semblaient être membres de la Bande, quel que soit leur lieu de résidence?

En l'espèce, le code et le règlement connexe n'ont jamais été adoptés de façon officielle, mais le code a généralement été utilisé comme «ligne directrice» concernant la tenue des élections. Cette situation a donné lieu à des pratiques parallèles qui font maintenant partie de la coutume de la Bande. C'est pourquoi il est loisible aux demandeurs de soutenir que la décision attaquée, qui exigeait la tenue d'une partielle «d'une manière rigoureusement conforme» au code devrait être annulée au motif qu'elle va à l'encontre de la coutume de la Bande. Les défendeurs ont allégué que la Communauté avait adopté le code lors d'une assemblée publique qui a été tenue en 1992 et au cours de laquelle un «large consensus» avait été atteint et le fait que le code n'avait pas été respecté à la lettre ne signifiait pas pour autant qu'il avait été modifié. Compte tenu des positions contradictoires des parties, la Cour a dû analyser le contexte dans lequel le code avait été «adopté» et vérifier si un «large consensus» avait été atteint.

Avant 1991, la sélection des chefs du Conseil était faite par les Clan Mothers conformément à la coutume de la Bande, mais cette façon de procéder a engendré de l'insatisfaction chez certains membres de la Communauté et, au cours de trois décennies, des efforts visant à remplacer le système traditionnel par un système d'élection ont été déployés, mais en vain. En 1988, préoccupé par cette question, le ministre des Affaires indiennes et du Nord a demandé qu'un référendum soit tenu, mais le droit du ministre de tenir ce référendum a été contesté. La Cour a finalement décidé que la tenue du référendum était possible. Le référendum a eu lieu en 1991, sous la direction d'un organisme neutre dont le Ministère avait retenu les services. Une majorité des membres de la Bande ont voté en faveur du processus électoral.

L'organisme neutre a alors dirigé l'élection d'un conseil provisoire et tous les membres de la Bande âgés d'au moins 18 ans étaient admissibles à voter, quel que soit leur lieu de résidence. En 1992, le même organisme s'est vu à nouveau confier le mandat de diriger le déroulement de l'élection, cette fois «conformément à la nouvelle coutume définie dans le code électoral de Kanestake». L'élection devait avoir lieu le 30 mai, même si le code devait être rédigé sous forme finale et soumis à l'approbation des membres de la Bande. En mars ou avril, le projet de code a été distribué parmi les membres de la

non-residents. An exception from this general exclusion was granted to “domiciled” members who were absent for “temporary reasons” such as study or vacation. It was clear that the draft Code authors saw the exclusion of non-residents as a consequence of a Band member’s personal characteristics. This was contrary to the April 25th public announcement that all Band members could vote regardless of place of residence. The draft Code also eliminated use of the outside consulting firm, the list of those eligible to vote being drawn up by five people from within the Community. Moreover, a “Council of Elders” would be constituted to hear appeals by defeated candidates.

On May 20, 1992 the draft Code was discussed at a Community meeting and a motion that it be adopted in principle and that the new council work on it further and then present it to the Community for final ratification was carried by a vote of 68 to 16. At the conclusion of the meeting, the Grand Chief announced the new election date—June 13—and his remarks regarding making “sure your name is on the voters’ list” did not indicate that non-residents were excluded. The list of electors prepared by the consulting firm did include non-residents. Of the 567 who voted, 169 were non-residents.

Since the 1992 election, the practice has been to permit non-residents to vote. This included a plebiscite held in 2000 regarding ratification of the Land Governance Agreement and the Mohawks of Kanesatake Land Governance Code prior to the enactment by Parliament of the *Kanesatake Interim Land Base Governance Act* in 2001.

The 68 votes cast in favour of adopting in principle the draft Code represented just 6% of the eligible voters at that time. The number participating – 85 – was strikingly low in comparison with the turnout at elections since 1992, or the 2000 plebiscite: 400 to 750. It could not be concluded that respondents had established that the Code was adopted by a “broad consensus” and could be said to constitute Band custom.

The evidence demonstrated a continuous intention, publicly expressed by Council resolutions and communiqués, to permit non-residents to vote and to utilize independent agencies to

Communauté. Le projet de code prévoyait l’exclusion des non-résidents de la procédure de mise en candidature et du mécanisme de votation. Une exception à cette exclusion générale a été accordée aux membres «domiciliés» qui étaient absents pour «des raisons temporaires», notamment pour des études ou des vacances. Il était évident que les auteurs du projet de code considéraient l’exclusion des non-résidents comme une conséquence des caractéristiques personnelles des membres d’une bande, ce qui allait à l’encontre du communiqué de presse du 25 avril selon lequel tous les membres de la Bande seraient admissibles à voter, quel que soit leur lieu de résidence. Le projet de code avait également pour effet d’éliminer le recours à un cabinet de consultants de l’extérieur, étant donné que la liste d’électeurs admissibles serait établie par cinq personnes de la Communauté. De plus, un «conseil des aînés» serait mis sur pied et chargé d’entendre les appels déposés par les candidats défaits.

Le 20 mai 1992, le projet de code a fait l’objet de discussions lors d’une assemblée de la Communauté et une motion visant à faire en sorte que le projet soit adopté en principe et que le nouveau conseil finalise le code et le présente à la Communauté en vue de sa ratification finale a été adoptée par un vote de 68 personnes contre 16. À la fin de l’assemblée, le grand chef a annoncé la nouvelle date d’élection, soit le 13 juin, sans préciser que les non-résidents étaient exclus lorsqu’il a mentionné [TRADUCTION] «assurez-vous que votre nom figure sur la liste des électeurs». Les non-résidents figuraient sur la liste d’électeurs préparée par le cabinet de consultants. Des 567 personnes qui ont voté, 169 étaient des non-résidents.

Depuis l’élection de 1992, la pratique a consisté à permettre à tous les non-résidents de voter, notamment dans le cadre d’un plébiscite tenu en 2000 relativement à la ratification de l’Entente sur la régie des terres de Kanesatake et du Code d’administration des terres des Mohawks de Kanesatake avant l’adoption par le Parlement de la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake* en 2001.

Les 68 voix exprimées en faveur de l’adoption en principe du projet de code ne représentaient que 6 p. 100 des personnes qui étaient des électeurs admissibles à l’époque. Le nombre de participants, soit 85 personnes, était remarquablement faible comparativement aux nombres d’électeurs qui ont été recensés lors des élections tenues depuis 1992 ou lors du plébiscite de 2000, soit de 400 à 750 électeurs. Les défenseurs n’ont pas réussi à prouver que cette participation constituait un «large consensus» suffisant pour permettre de considérer le code comme le document énonçant la coutume de la Bande.

La preuve a indiqué l’existence d’une intention constante, exprimée publiquement au moyen de différents communiqués et résolutions du Conseil, de permettre aux non-résidents de

organize and supervise elections. There had never been recourse to a Council of Elders or Election Supervisors. The acquiescence of Band members to these practices indicated a broad consensus. While it is true that after the 1998 election, 85 members complained that it had not been conducted "in strict adherence with the Code" and that, at a Community meeting in October 2002, attended by 60 people, a resolution was passed that the election rules adopted in principle in 1992 be followed without exception at any future election of Grand Chief and Council, this was not necessarily sufficient to demonstrate that the "broad consensus" already discussed no longer existed. Inadequate notice of the October, 2002 meeting had been given.

Strict enforcement of the Code residency requirements would contravene Band custom. In addition, strict enforcement of the provision in the Regulations for the election of Election Supervisors and a Council of Elders would be contrary to the custom of the Band since 1992.

Besides the absence of a broad consensus, there were other legal obstacles to strict enforcement of the Code and Regulations. First, the Code to which the impugned decision refers is not the draft Code approved "in principle" at the 1992 Community meeting but rather the substantially modified version apparently prepared for the 1995 election. The fact is that no final version of the draft Code has ever been presented to Community members for ratification although this was required by resolution passed in 1992. Again, the Regulations referred to in the Code could not be legally binding until the Code was ratified.

In 1991, the Band opted for the democratic process of an elective system. Council's recourse to independent agencies for the administration of past elections ensured all electors fair treatment and an absence of discrimination. This demonstrated that the Band had implicitly accepted the rules of natural justice. Notice of the December, 2002 meeting to elect Election Supervisors and a Council of Elders was not sent to non-resident members. Nor were these officials elected by secret ballot. Furthermore, there was at least a reasonable apprehension of bias in respect of the Election Supervisors and Council of Elders. Finally, the Election Supervisors had no expertise in the conduct of elections.

voter et de faire appel à des organismes indépendants pour l'organisation et la surveillance du processus électoral. L'intervention d'un conseil des aînés ou de scrutateurs n'avait été demandée à aucune de ces élections. Le fait que les membres de la Bande avaient acquiescé à ces pratiques indiquait l'existence d'un large consensus. Même s'il est vrai qu'après l'élection de 1998, 85 membres se sont plaints du fait qu'elle ne s'était pas déroulée [TRADUCTION] «d'une manière rigoureusement conforme au code» et que, au cours d'une assemblée de la Communauté tenue en octobre 2002, à laquelle 60 personnes ont assisté, une résolution a été adoptée afin que les règles de procédure relatives à l'élection qui avaient été adoptées en principe en 1992 soient suivies en entier, sans dérogation ni exception lors de toute élection ultérieure du grand chef et du Conseil, la Cour n'était pas disposée à conclure pour autant que le «large consensus» mentionné ci-dessus n'existait plus. L'avis se rapportant à l'assemblée d'octobre 2002 était insuffisant.

La Cour a dû en arriver à la conclusion que l'application à la lettre des exigences relatives à la résidence qui sont mentionnées au code irait à l'encontre de la coutume de la Bande. De plus, l'application rigoureuse des dispositions du règlement qui prévoient l'élection de scrutateurs et d'un conseil des aînés irait également à l'encontre de la coutume de la Bande depuis 1992.

En plus de l'absence d'un large consensus, il existait d'autres obstacles juridiques à l'application à la lettre du code et du règlement. D'abord, le code visé par la décision attaquée ne correspond pas au projet de code qui a été approuvé «en principe» à l'assemblée de la Communauté tenue en 1992, mais plutôt à la version sensiblement modifiée qui semble avoir été préparée pour l'élection de 1995. Aucune version finale du projet de code n'a été présentée à des fins de ratification aux membres de la Communauté, malgré le fait que cette présentation était exigée en vertu d'une résolution adoptée en 1992. Encore là, le règlement auquel l'article 9 du code renvoie ne pourrait être légalement exécutoire que si le code lui-même avait été ratifié.

En 1991, la Bande a opté pour le processus démocratique d'un système électoral. Le recours par le Conseil à des organismes indépendants au cours des élections antérieures permettait de veiller à ce que tous les électeurs et les candidats soient traités équitablement et sans discrimination. Cette pratique démontrait que la Bande avait implicitement accepté les règles de justice naturelle. La Cour a constaté que la convocation à l'assemblée de décembre 2002 concernant l'élection des scrutateurs et d'un conseil des aînés n'avait pas été envoyée aux membres non-résidents. De plus, aucune de ces personnes n'avait été élue dans le cadre d'un scrutin secret. À tout le moins, une crainte raisonnable de partialité existait au sujet des scrutateurs et du conseil des aînés. Enfin, aucun de



While it was not necessary to express a final opinion on the arguments based on Charter, section 15, it was noted that the Supreme Court of Canada has struck down, as inconsistent with Charter section 15, subsection 77(1) of the *Indian Act* (which excluded off-reserve band members from voting at band council elections). The question was whether that decision would apply to a custom band election. While that issue has come up in recent Federal Court litigation, this complex legal issue awaits final resolution.

The issue herein was not whether the Mohawks of Kanesatake have the right to control their own election process; it was rather a dispute between two factions as to the appropriate process in this particular instance. Also, the “custom” here at issue was a contemporary one, not an ancestral custom. Thus there was here no room for an Aboriginal right to self-government argument.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*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. 15, 32.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “federal board, commission or other tribunal” (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.2 (as enacted *idem*), 28 (as am. *idem*, s. 8).

*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “council of the band”, 74, 81 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 32, s. 15; S.C. 2000, c. 12, s. 152).

*Kanesatake Interim Land Base Governance Act*, S.C. 2001, c. 8, s. 7.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); affg [1978] 1 F.C. 124 (T.D.); *Trotchie v. The Queen et al.*, [1981] 2 C.N.L.R. 147 (F.C.T.D.); *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25;

ces scrutateurs ne possédait de compétences spécialisées quant à la façon de diriger une élection.

Même si la Cour n’était pas tenue d’exprimer un avis définitif au sujet des arguments fondés sur l’article 15 de la Charte, elle a souligné que la Cour suprême du Canada avait invalidé le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* (qui avait pour effet de retirer aux membres d’une bande indienne vivant en dehors des réserves le droit de voter aux élections du conseil de bande), au motif que cette disposition était incompatible avec l’article 15 de la Charte. La question était de savoir si ce jugement s’appliquerait aux élections d’une bande régie par sa coutume. Bien qu’elle ait été soulevée dans des litiges récemment portés à l’attention de la Cour fédérale, cette question de droit complexe reste encore à trancher.

La présente affaire ne concernait pas la question de savoir si les Mohawks de Kanesatake avaient le droit de contrôler leur processus électoral, mais portait essentiellement sur un différend entre deux factions au sujet du processus qui devrait s’appliquer dans le cas sous étude. De plus, la «coutume» à laquelle les parties ont fait allusion en l’espèce était une coutume contemporaine et non une coutume ancestrale. Dans ce contexte, la présente affaire ne permettait pas d’invoquer le droit à l’autonomie gouvernementale des autochtones.

#### 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. 15, 32.

*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. 35.

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «office fédéral», (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5), 18.2 (édicte, *idem*), 28 (mod., *idem*, art. 8).

*Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake*, L.C. 2001, ch. 8, art. 7.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «conseil de la bande», 74, 81 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.)), ch. 32, art. 15; L.C. 2000, ch. 12, art. 152).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792; [1981] 4 C.N.L.R. 61 (C.A.); conf. [1978] 1 C.F. 124 (1<sup>er</sup> inst.); *Trotchie c. La Reine et autres*, [1981] 2 C.N.L.R. 147 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); *Bigstone c. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R.

(1992), 52 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *Francis v. Mohawks Council of Akwesasne* (1993), 62 F.T.R. 314 (F.C.T.D.); *Frank v. Bottle*, [1994] 2 C.N.L.R. 45; (1993), 65 F.T.R. 89 (F.C.T.D.); *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54; (1996), 107 F.T.R. 133 (F.C.T.D.); *Six Nations Traditional Hereditary Chiefs v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1992] 3 C.N.L.R. 156; (1991), 43 F.T.R. 132 (F.C.T.D.).

## DISTINGUISHED:

*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80 B.C.A.C. 81; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1.

## CONSIDERED:

*Ross v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2003 FCT 531; [2003] F.C.J. No. 683 (T.D.) (QL); *Gabriel v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2002 FCT 483; [2002] F.C.J. No. 635 (T.D.) (QL); *Bonspille v. Mohawk Council of Kanesatake*, [2003] 1 F.C. 521 (T.D.); *Bonspille v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2002 FCT 831; [2002] F.C.J. No. 1230 (T.D.) (QL); *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; (1973), 38 D.L.R. (3d) 481; 7 C.N.L.C. 236; 23 C.R.N.S. 197; 11 R.F.L. 333; *McArthur v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1992), 91 D.L.R. (4th) 666; 102 Sask. R. 300; [1992] 4 C.N.L.R. 33 (Sask. Q.B.); *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358; [1999] 1 C.N.L.R. 106; 153 F.T.R. 257 (F.C.T.D.); *Lac des Mille Lacs First Nation v. Chapman*, [1998] 4 C.N.L.R. 57; (1998), 149 F.T.R. 227 (F.C.T.D.); *Napoleon v. Garbitt*, [1997] B.C.J. No. 1250 (S.Ct.); *Crow v. Blood Indian Band Council*, [1997] 3 C.N.L.R. 76; (1996), 107 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *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; 61 C.R.R. (2d) 189; 239 N.R. 1.

## REFERRED TO:

*Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168; [1979] 6 W.W.R. 226; [1979] 4 C.N.L.R. 119 (Alta. S.C. (T.D.)); *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533; (1991), 81 D.L.R. (4th) 659; 1 Admin L.R. (2d) 173; [1991] 3 C.N.L.R. 82; 127 N.R. 52 (C.A.); *Samson Cree Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1999), 239 A.R. 214 (Q.B.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*,

25; (1992), 52 F.T.R. 109 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Francis c. Conseil Mohawks d'Akwesasne* (1993), 62 F.T.R. 314 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Frank c. Bottle*, [1994] 2 C.N.L.R. 45; (1993), 65 F.T.R. 89 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*, [1996] 3 C.N.L.R. 54; (1996), 107 F.T.R. 133 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Chefs héréditaires traditionnels des six nations c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1992] 3 C.N.L.R. 156; (1991), 43 F.T.R. 132 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80 B.C.A.C. 81; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Ross c. Conseil Mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 531; [2003] A.C.F. n° 683 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Gabriel c. Conseil des Mohawks de Kanesatake*, 2002 CFPI 483; [2002] A.C.F. n° 635 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Bonspille c. Conseil des Mohawks de Kanesatake*, [2003] 1 C.F. 521 (1<sup>re</sup> inst.); *Bonspille c. Conseil Mohawk de Kanesatake*, 2002 CFPI 831; [2002] A.C.F. n° 1230 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; (1973), 38 D.L.R. (3d) 481; 7 C.N.L.C. 236; 23 C.R.N.S. 197; 11 R.F.L. 333; *McArthur v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1992), 91 D.L.R. (4th) 666; 102 Sask. R. 300; [1992] 4 C.N.L.R. 33 (C.B.R. Sask.); *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358; [1999] 1 C.N.L.R. 106; 153 F.T.R. 257 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Première nation du Lac des Mille Lacs c. Chapman*, [1998] 4 C.N.L.R. 57; (1998), 149 F.T.R. 227 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Napoleon v. Garbitt*, [1997] B.C.J. n° 1250 (C.S.); *Crow c. Conseil de la bande indienne des Blood*, [1997] 3 C.N.L.R. 76; (1996), 107 F.T.R. 270 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1999] 2 R.C.S. 203; (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; [1999] 3 C.N.L.R. 19; 61 C.R.R. (2d) 189; 239 N.R. 1.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168; [1979] 6 W.W.R. 226; [1979] 4 C.N.L.R. 119 (C.S. Alb. (1<sup>re</sup> inst.)); *Administration régionale Crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533; (1991), 81 D.L.R. (4th) 659; 1 Admin. L.R. (2d) 173; [1991] 3 C.N.L.R. 82; 127 N.R. 52 (C.A.); *Samson Cree Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1999), 239 A.R. 214 (C.B.R.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de*

[2000] 1 F.C. 325; (1999), 176 D.L.R. (4th) 35; [2000] 1 C.N.L.R. 21; 99 DTC 5564; 243 N.R. 302; 26 R.P.R. (3d) 151 (C.A.); *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 CLLC 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69; *Joe v. John*, [1991] 3 C.N.L.R. 63; (1990), 34 F.T.R. 280 (F.C.T.D.); *Scrimbitt v. Sakimay Indian Band Council*, [2000] 1 F.C. 513; [2000] 1 C.N.L.R. 205; (1999), 69 C.R.R. (2d) 295; 178 F.T.R. 210 (T.D.); *Gabriel v. Nicholas*, [1983] F.C.J. No. 2 (F.C.T.D.) (QL); *Gros-Louis v. Huronne-Wendat Nation Council*, [2000] F.C.J. No. 1529 (T.D.) (QL); *Hall v. Dakota Tipi Indian Band*, [2000] 4 C.N.L.R. 108 (F.C.T.D.).

*Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325; (1999), 176 D.L.R. (4th) 35; [2000] 1 C.N.L.R. 21; 99 DTC 5564; 243 N.R. 302; 26 R.P.R. (3d) 151 (C.A.); *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; (1986), 33 D.L.R. (4th) 174; [1987] 1 W.W.R. 577; 9 B.C.L.R. (2d) 273; 38 C.C.L.T. 184; 87 CLLC 14,002; 25 C.R.R. 321; [1987] D.L.Q. 69; *Joe c. John*, [1991] 3 C.N.L.R. 63; (1990), 34 F.T.R. 280 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 F.C. 513; [2000] 1 C.N.L.R. 205; (1999), 69 C.R.R. (2d) 295; 178 F.T.R. 210 (1<sup>re</sup> inst.); *Gabriel c. Nicholas*, [1983] A.C.F. n° 2 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Gros-Louis c. Conseil de la Nation Huronne-Wendat*, [2000] A.C.F. n° 1529 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Hall c. Bande indienne Dakota Tipi*, [2000] 4 C.N.L.R. 108 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

APPLICATION for judicial review of a decision regarding an Indian Band by-election, seeking to set it aside and also declarations and *mandamus*. Application allowed in part.

DEMANDE de contrôle judiciaire en vue de faire annuler une décision concernant l'élection partielle d'une bande indienne et d'obtenir un jugement déclaratoire ainsi que des mesures injonctives. Demande accueillie en partie.

APPEARANCES:

*Peter B. Annis and Ian B. Houle* for applicants.  
*Martin W. Mason and Sebastien Spano* for respondent the Mohawk Council of Kanesatake.  
*Anick Pelletier* for respondent the Attorney General of Canada.

ONT COMPARU:

*Peter B. Annis et Ian B. Houle* pour les demandeurs.  
*Martin W. Mason et Sebastien Spano* pour le défendeur le Conseil mohawk de Kanesatake.  
*Anick Pelletier* pour le défendeur le procureur général du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

*Vincent Dagenais Gibson LLP*, Ottawa, for applicants.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for respondent the Mohawk Council of Kanesatake.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent the Attorney General of Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Vincent Dagenais Gibson LLP*, Ottawa, pour les demandeurs.  
*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour le défendeur le Conseil mohawk de Kanesatake.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur le procureur général du Canada.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

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

[1] MARTINEAU J.: The Mohawk Community of Kanesatake (the Community or the Band) is a registered band under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (the Act). The Band is governed by the Mohawk Council of Kanesatake (the Council) whose membership is composed of six chiefs and one grand chief. The Council, one of the designated respondents, is chosen

[1] LEJUGEMARTINEAU: La communauté Mohawk de Kanesatake (la Communauté ou la Bande) est une bande visée par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi), et administrée par le Conseil mohawk de Kanesatake (le Conseil), qui se compose de six chefs et d'un grand chef. Les membres du Conseil, l'un des défendeurs désignés, sont choisis conformément à la

according to the custom of the Band. The members' mandates are for a period of three years. The last general elections were held in 2001.

[2] On October 3, 2002, Chief Crawford Gabriel passed away.

[3] On November 26, 2002, the Council adopted a resolution (the impugned decision) calling a by-election to be held on January 4, 2003, "in accordance with the Electoral Code of Kanesatake" (the Code) (Exhibit "C" to the supplementary of James Gabriel, dated December 3, 2002 and Exhibit "D" to the affidavit of James Gabriel, dated December 1, 2002). The resolution was adopted unanimously but now there is no consensus on its purported effect. Stakes are high: the participation, or on the contrary, the exclusion of non-resident Band members from the electoral process may well influence the outcome of the next by-election. The applicants, three of whom are Council members and the fourth who is a non-resident Band member, have brought the present judicial review application to set aside the impugned decision, to declare what the custom of the Band is and to obtain other injunctive relief.

## I BACKGROUND

[4] The fact that the by-election needs to be conducted and is to be held in accordance with the custom of the Band, as opposed to the provisions of the Act where an order has been made pursuant to subsection 74(1) of the Act, is not at issue. Although the Attorney General of Canada, representing the Minister of Indian and Northern Affairs Canada (INAC), has been named as a respondent, he has no involvement in the conduct of elections held in accordance with "the Custom of the Band". Accordingly, his status is more that of a "*mis-en-cause*" and he will not be referred to as a "respondent" in these reasons for order and order; the "respondents" are therefore the Council and the three respondent chiefs.

[5] Profound internal division among the members of the Council, who are associated with two competing

coutume de la Bande et nommés pour un mandat de trois ans. Les dernières élections générales ont eu lieu en 2001.

[2] Le 3 octobre 2002, le chef Crawford Gabriel est décédé.

[3] Le 26 novembre 2002, le Conseil a adopté une résolution (la décision attaquée) visant à exiger la tenue d'une élection partielle le 4 janvier 2003 [TRADUCTION] «conformément au code électoral de Kanesatake (le code) (pièce «C» jointe à l'affidavit supplémentaire de James Gabriel en date du 3 décembre 2002 et pièce «D» jointe à l'affidavit de James Gabriel en date du 1<sup>er</sup> décembre 2002). La résolution a été adoptée à l'unanimité, mais il n'y a aucun consensus à l'heure actuelle sur ses effets. Les enjeux sont de taille, car la participation des membres non résidents de la Bande au processus électoral ou leur exclusion de ce processus pourrait influencer le résultat de la prochaine élection partielle. Les demandeurs, dont trois sont membres du Conseil et le quatrième, un membre non-résident de la Bande, ont déposé la présente demande de contrôle judiciaire afin de demander à la Cour d'annuler la décision attaquée, de déclarer en quoi consiste la coutume de la Bande et de prononcer d'autres mesures injonctives.

## I LES FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[4] Le fait que l'élection partielle doit avoir lieu et se dérouler conformément à la coutume de la Bande plutôt qu'aux dispositions de la Loi lorsqu'un arrêté a été pris en application du paragraphe 74(1) de la Loi n'est pas contesté. Bien que le procureur général du Canada, qui représente le ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC), ait été désigné à titre de défendeur, il ne joue aucun rôle dans le déroulement des élections tenues conformément à la «coutume de la Bande». Par conséquent, son statut s'apparente davantage à celui d'un «mis en cause» et il ne sera pas appelé «défendeur» dans les présents motifs d'ordonnance et dans l'ordonnance connexe; le mot «défendeur» est donc réservé au Conseil et aux trois chefs ainsi désignés.

[5] Des dissensions internes profondes entre les membres du Conseil, qui sont associés à deux factions

factions, has seriously impaired the functioning of the Council and has resulted in abundant and persistent litigation. The three applicant chiefs were re-elected in 2001 while the three respondent chiefs were newly elected in 2001. Chief Crawford Gabriel was also a newly elected Chief. Since the 2001 elections, the following applications have been brought before the Court:

(a) *Ross v. Mohawk Council of Kanesatake* (file No. T-1915-01), to set aside the termination of the acting Chief of Police. In this case, the application was heard by the Court, but no final order has been released as of the date of these reasons for order and order [reasons for order rendered 29/4/03; 2003 FCT 531; [2003] F.C.J. No. 683 (T.D.) (QL)].

(b) *Gabriel v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2002 FCT 483; [2002] F.C.J. No. 635 (T.D.) (QL) (*Gabriel*), to set aside the removal of the applicant James Gabriel as Grand Chief, one of the re-elected chiefs. In that case, the newly elected chiefs put in practice their views that non-residents should not be allowed to vote at a Community meeting called on December 6, 2001, for the removal of Grand Chief James Gabriel. The Court granted an interlocutory injunction and ordered his reinstatement pending the final disposition of this application. In her decision, Tremblay-Lamer J. noted that the latter who first became Grand Chief in 1996, and was subsequently re-elected in 1998 and 2001, “strongly supported police initiatives to control criminal activities in the territories, particularly involving the illegal drug trade”. However, she went on to state that: “[t]he 2001 elections saw four new members elected to Council. The new members did not share the applicant’s views. Their focus was on public accountability, rather than police and security matters” (paragraphs 5 and 6).

(c) *Bonspille v. Mohawk Council of Kanesatake*, [2003] 1 F.C. 521 (T.D.), to set aside the termination of two police commissioners. The Court granted an interim

opposées, ont sérieusement miné le fonctionnement du Conseil et donné lieu à des litiges aussi incessants qu’excessifs. Les trois chefs demandeurs ont été réélus en 2001, tandis que les trois chefs défendeurs ont été nouvellement élus en 2001. Le chef Crawford Gabriel était également un chef nouvellement élu. Depuis les élections de 2001, les demandes suivantes ont été présentées à la Cour:

a) *Ross c. Conseil Mohawk de Kanesatake* (dossier n° T-1915-01), demande visant à annuler la cessation des fonctions du chef de police intérimaire. Dans cette affaire, la Cour a entendu la demande, mais n’a pas encore rendu d’ordonnance définitive à la date des présents motifs et de la présente ordonnance [les motifs de l’ordonnance ont été rendus le 29-04-03; 2003 CFPI 531; [2003] A.C.F. n° 683 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)].

b) *Gabriel c. Conseil des Mohawks de Kanesatake*, 2002 CFPI 483; [2002] A.C.F. n° 635 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) (*Gabriel*), demande visant à annuler la destitution du demandeur James Gabriel comme grand chef, l’un des chefs réélus. Dans cette affaire, les chefs nouvellement élus ont donné suite à leurs points de vue selon lesquels les non-résidents ne devraient pas être autorisés à voter à une assemblée communautaire convoquée le 6 décembre 2001 au sujet de la destitution du grand chef James Gabriel. La Cour a prononcé une injonction interlocutoire et a ordonné la réintégration de celui-ci jusqu’à ce que la présente demande soit tranchée définitivement. Dans sa décision, M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a souligné que ce dernier, qui est devenu grand chef pour la première fois en 1996 et a subséquemment été réélu en 1998 et 2001, «appuyait fortement les initiatives que la police avait prises pour réprimer les activités criminelles dans le territoire, en particulier le commerce illégal de drogue». Toutefois, elle a ajouté ce qui suit: «des élections de l’an 2001, quatre nouveaux conseillers ont été élus. Or, les nouveaux conseillers ne partageaient pas le point de vue du demandeur. Ils mettaient l’accent sur la responsabilité publique plutôt que sur des questions de police et de sécurité» (aux paragraphes 5 et 6).

c) *Bonspille c. Conseil des Mohawks de Kanesatake*, [2003] 1 C.F. 521 (1<sup>re</sup> inst.), demande visant à annuler la cessation des fonctions de deux commissaires de police.

injunction and ordered the reinstatement of Louise Bonspille and Brenda Etienne as members of the Kanesatake Mohawk Police Commission until such time as an interlocutory order is rendered in this matter.

(d) *Bonspille v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2002 FCT 831; [2002] F.C.J. No. 1230 (T.D.) (QL), to set aside an attempt by the Council to appoint new commissioners which has been allegedly made contrary to the Tripartite Agreement on Policing. No final order has been released in this matter.

(e) *Marie Chéné v. Mohawk Council of Kanesatake* (file No. T-1884-02), to set aside the removal of Chief Chéné from the Council, also a re-elected chief. The Court granted an interim injunction and ordered her reinstatement until such time as the motion for interlocutory injunction is heard by the Court. An order was rendered on November 19, 2002.

[6] The state of urgency which prompted the expeditious hearing of the present application on December 16, 2002, flows from the fact that Chief Crawford Gabriel's death has created a deadlock situation. Inasmuch as the aforementioned ordinarily aligned himself with the three respondent chiefs, his support thus permitted them to have a majority on the Council. On December 17, 2002, further to the request made at the hearing by the applicants, and being satisfied that the three conditions for the issuance of an interlocutory injunction were met, I ordered a stay of the impugned decision pending the final disposition of this judicial review application.

[7] At this point, I observe that the evidence on record shows that since November 26, 2002, the Executive Director of the Council, Barry Bonspille, purportedly acting in the name of the Council and under the authority of the impugned decision, has taken a number of steps to assure that the by-election be conducted "in strict compliance" with the Code provisions which generally provide for the exclusion of non-resident Band members (Article 2) and for the election of "Election Supervisors" and members of a "Council of Elders"

La Cour a prononcé une injonction provisoire et a ordonné la réintégration de Louise Bonspille et de Brenda Etienne à titre de membres de la commission de police des Mohawks de Kanesatake jusqu'à ce qu'une ordonnance interlocutoire soit rendue en l'espèce.

d) *Bonspille c. Conseil mohawk de Kanesatake*, 2002 CFPI 831; [2002] A.C.F. n° 1230 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), demande visant à annuler une tentative du Conseil en vue de nommer de nouveaux commissaires, laquelle tentative irait à l'encontre de l'entente tripartite sur la surveillance policière. Aucune ordonnance définitive n'a été rendue dans cette affaire.

e) *Marie Chéné c. Conseil mohawk de Kanesatake* (dossier n° T-1884-02), demande visant à annuler la destitution du chef Chéné du Conseil, qui est également un chef réélu. La Cour a prononcé une injonction provisoire et a ordonné la réintégration de Marie Chéné jusqu'à ce qu'elle entende la demande d'injonction interlocutoire. Une ordonnance a été rendue le 19 novembre 2002.

[6] L'état d'urgence qui a donné lieu à l'audition accélérée de la présente demande le 16 décembre 2002 découle de l'impasse créée par le décès du chef Crawford Gabriel. Dans la mesure où ce dernier se rangeait habituellement du côté des trois chefs défendeurs, son appui permettait à ceux-ci de conserver une majorité au Conseil. Le 17 décembre 2002, par suite de la demande que les demandeurs ont présentée à l'audience, après avoir été convaincu que les trois conditions relatives à la délivrance d'une injonction interlocutoire étaient respectées, j'ai ordonné un sursis à l'exécution de la décision attaquée jusqu'à ce que la présente demande de contrôle judiciaire soit tranchée définitivement.

[7] À ce moment-ci, j'aimerais souligner que, d'après la preuve au dossier, le directeur général du Conseil, Barry Bonspille, qui agissait apparemment au nom du Conseil et en vertu de la décision attaquée, a pris depuis le 26 novembre 2002 un certain nombre de mesures visant à faire en sorte que l'élection partielle se déroule d'une façon «strictement conforme» aux dispositions du code, qui prévoient de manière générale l'exclusion des membres non-résidents de la Bande (article 2) et l'élection de «scrutateurs» ainsi que des membres d'un

(Articles 7.1 and 8, paragraph 2). An attempt was even made by the Executive Director to postpone the election date from January 4, 2003, to January 11, 2003, in order to comply with the Code's current prescription that there be at least 21 days between the nomination meeting and the election date (Article 6.1).

[8] Furthermore, on December 4, 2002, a Community meeting was held to elect Election Supervisors and a Council of Elders. Non-resident Band members were not notified of this meeting. It is likely, from the evidence on record, in view of the position taken by the respondent Chiefs and the Executive Director, acting in the name of the Council, that non-residents would not be permitted to vote. Their position is that they must come within one of the strict exceptions mentioned in the Code. Assuming that some non-residents may qualify, they would still have to take specific steps to have their names put on the voters' list by the Election Supervisors. In practice, this means that they would still have to convince an Election Supervisor of the existence of their voting right.

[9] As we will see later, the evidence shows that Election Supervisors and members of the Council of Elders are likely to be biased. That being said, although provision is made in the Code or in the accompanying Regulations for the election of a Council of Elders and Election Supervisors, those requirements were never followed in past elections; the exclusion of non-residents, although mentioned in the Code, was never enforced in past elections. At all times since 1991, non-residents aged 18 years and over were allowed to vote and the elections were carried out by a third independent agency.

[10] In the case at bar, the applicants ask the Court to set aside the impugned decision calling for a by-election to be held on January 4, 2003, and a nomination meeting to be held on December 19, 2002. The applicants further ask for a declaration that the Band electoral custom requires all elections and by-elections for positions on the Council be open to all registered Band members to

«conseil des aînés» (articles 7.1 et 8, paragraphe 2). Le directeur général a même tenté de reporter la date d'élection du 4 janvier 2003 au 11 janvier 2003 afin de respecter l'exigence actuelle du code selon laquelle un délai d'au moins 21 jours doit s'être écoulé entre l'assemblée de mise en candidature et la tenue de l'élection (article 6.1).

[8] De plus, le 4 décembre 2002, une assemblée de la Communauté a eu lieu aux fins de l'élection des scrutateurs et d'un conseil des aînés. Les membres non-résidents de la Bande n'ont pas été avisés de cette assemblée. D'après la preuve versée au dossier, il est probable, compte tenu de la position qu'ont adoptée les chefs défendeurs et le directeur général, agissant au nom du Conseil, que les non-résidents ne seraient pas autorisés à voter. Selon cette position, pour avoir le droit de voter, les non-résidents doivent être visés par l'une des exceptions restreintes mentionnées au code. Dans la mesure où certains non-résidents pourraient être admissibles, ils seraient encore tenus de prendre des mesures précises pour faire inscrire leurs noms sur la liste d'électeurs par les scrutateurs. En pratique, cela signifie qu'ils seraient encore tenus de convaincre un scrutateur qu'ils ont le droit de voter.

[9] Comme nous le verrons plus loin, il appert de la preuve que les scrutateurs et les membres du conseil des aînés sont probablement partiaux. Cela étant dit, bien que le code ou le règlement qui y est joint renferme des dispositions concernant l'élection d'un conseil des aînés et de scrutateurs, ces exigences n'ont jamais été suivies au cours des élections antérieures; même si elle était mentionnée dans le code, l'exclusion des non-résidents n'a jamais été exigée en pratique au cours des élections antérieures. Depuis 1991, les non-résidents âgés d'au moins 18 ans ont constamment été autorisés à voter et les élections étaient dirigées par un organisme de l'extérieur indépendant.

[10] Dans la présente affaire, les demandeurs sollicitent l'annulation de la décision attaquée, qui exige la tenue d'une élection partielle le 4 janvier 2003 et d'une assemblée de mise en candidature le 19 décembre 2002. Ils demandent également un jugement déclaratoire portant que, suivant la coutume électorale de la bande, tous les membres inscrits doivent avoir le droit de voter

vote and must be conducted by an independent agency retained by the Council to oversee and direct the vote, all in accordance with procedures followed in past elections conducted “in accordance with the Code”. The applicants also ask for a declaration that the Community meeting held on December 4, 2002, to elect a Council of Elders and Election Supervisors was held without authority by the Council and that the persons elected at that meeting to fill the positions of Election Supervisors and members of the Council of Elders were therefore not lawfully elected to those positions. Finally, the applicants ask for an order for a mandatory injunction or *mandamus* requiring that a by-election be held within 60 days following the final order of the Court.

## II JURISDICTIONAL ISSUE

[11] It is not disputed that the Council adopted on November 26, 2002, a resolution calling a special election to be held on January 4, 2003, “in accordance with the Electoral Code of Kanestake”, and a nomination meeting to be held on December 19, 2002. However, the respondents deny the Court’s jurisdiction to entertain and dispose of the present judicial review application.

[12] I consider that the Court has jurisdiction pursuant to sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to entertain the present application, and as the case may be, to set aside the impugned decision, to grant declaratory or injunctive relief with respect to the custom of the Band and its purported application by the Council, its Executive Director Barry Bonspille or any election officer or other person, purportedly acting in the name of the Council or under the authority of the impugned decision or of the Code.

[13] First, I note that subject to section 28 [as am. *idem*, s. 8] of the *Federal Court Act*, section 18 confers on the Trial Division of the Federal Court exclusive original jurisdiction to issue an injunction, writ of

à toutes les élections générales et partielles relatives aux postes du Conseil et les élections en question doivent être dirigées par un organisme indépendant dont le Conseil retient les services pour assurer la surveillance du vote, le tout selon la procédure suivie au cours des élections antérieures tenues [TRADUCTION] «conformément au code». Les demandeurs sollicitent un jugement déclaratoire portant que l’assemblée de la Communauté tenue le 4 décembre 2002 en vue de l’élection d’un conseil des aînés et de scrutateurs a eu lieu alors que le Conseil n’avait pas le pouvoir nécessaire à cette fin et que les personnes élues à cette assemblée pour combler les postes de scrutateurs et de membres du conseil des aînés n’ont donc pas été élues légalement à ces postes. Enfin, les demandeurs veulent obtenir une ordonnance de faire ou une ordonnance de *mandamus* exigeant la tenue d’une élection partielle dans les 60 jours suivant l’ordonnance finale de la Cour.

## II QUESTION DE COMPÉTENCE

[11] Il n’est pas contesté que le Conseil a adopté, le 26 novembre 2002, une résolution exigeant la tenue d’une élection spéciale le 4 janvier 2003 [TRADUCTION] «conformément au code électoral de Kanestake» ainsi que la tenue d’une assemblée de mise en candidature le 19 décembre 2002. Cependant, les défendeurs nient que la Cour ait compétence pour entendre et trancher la présente demande de contrôle judiciaire.

[12] J’estime que la Cour a compétence, en vertu des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, pour statuer sur la présente demande et, s’il y a lieu, pour annuler la décision attaquée et rendre un jugement déclaratoire ou prononcer une injonction au sujet de la coutume de la Bande et de l’application de celle-ci par le Conseil, son directeur général Barry Bonspille ou un membre du personnel électoral ou toute autre personne agissant apparemment au nom du Conseil ou au titre de la décision en question ou du code.

[13] Je précise d’abord que, sous réserve de l’article 28 [mod., *idem*, art. 8] de la *Loi sur la Cour fédérale*, l’article 18 confère à la Section de première instance de la Cour fédérale une compétence originale exclusive



*certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any “federal board, commission or other tribunal” as defined in section 2 [as am. *idem*, s. 1] of the *Federal Court Act*. In this regard, I note that the respondents acknowledged decisions of this Court and other courts which have already held that a band council is a federal board (*Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168 (Alta. S.C. (T.D.)); *Canatonquin v. Gabriel*, [1980] 2 F.C. 792 (C.A.) (*Canatonquin*); and *Trotchie v. The Queen et al.*, [1981] 2 C.N.L.R. 147 (F.C.T.D.)). In *Canatonquin*, *supra*, the Federal Court of Appeal upheld a decision of then Associate Chief Justice Thurlow of this Court (*Gabriel v. Canatonquin*, [1978] 1 F.C. 124 (T.D.)) and decided that a band council came within the jurisdiction of the Federal Court where the election of the band council was made pursuant to the custom of the band and not the Act. In view of the fact that the Act applies to both a band council elected by custom or one elected pursuant to section 74 of the Act (see the definition of “council of the band” in subsection 2(1) of the Act), the judgment rendered by the Court of Appeal in *Canatonquin*, *supra*, appears to be determinative of the jurisdictional issue.

[14] Second, I have also considered the respondents’ assertion that *Canatonquin*, *supra*, may have been wrongly decided and that “[o]ther cases which purport to follow or which cite *Canatonquin*, do so with the proviso that a Band Council is a ‘federal board’ when the council exercises *Indian Act* powers” (respondents’ memorandum, at paragraph 60). In this regard, they submit that a band council’s decision is only reviewable where it flows from the exercise of a power specifically conferred upon it by a federal act of Parliament. They rely on *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25 (F.C.T.D.) at pages 32-33 (*Bigstone*); *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533 (C.A.), at page 556; *Samson Cree Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1999), 239 A.R. 214 (Q.B.), at paragraph 19 and some other cases. They also state that their approach is consistent with the dissenting judgment of Laskin J. (as he then was) in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, at page 1379, in which three other judges

pour décerner une injonction, délivrer un bref de *certiorari*, de prohibition, de *mandamus* ou de *quo warranto* ou rendre un jugement déclaratoire à l’encontre de tout «office fédéral» au sens de l’article 2 [mod., *idem*, art. 1] de cette même Loi. À cet égard, je souligne que les défendeurs ont reconnu les décisions dans lesquelles la Cour fédérale et d’autres cours de justice ont déjà statué qu’un conseil de bande est un office fédéral (*Rider v. Ear* (1979), 103 D.L.R. (3d) 168 (C.S. Alb. (1<sup>re</sup> inst.)); *Canatonquin c. Gabriel*, [1980] 2 C.F. 792 (C.A.) (*Canatonquin*); et *Trotchie c. La Reine et al.*, [1981] 2 C.N.L.R. 147 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)). Dans l’arrêt *Canatonquin*, précité, la Cour d’appel fédérale a confirmé une décision qu’avait rendue le juge Thurlow, alors juge en chef adjoint de la Cour (*Gabriel c. Canatonquin*, [1978] 1 C.F. 124 (1<sup>re</sup> inst.)), et statué qu’un conseil de bande est assujéti à la compétence de la Cour fédérale lorsque l’élection du conseil a lieu conformément à la coutume de la bande et non conformément à la Loi. Étant donné que la Loi s’applique tant à un conseil de bande élu suivant la coutume qu’à un conseil de bande élu conformément à l’article 74 de la Loi (voir la définition de l’expression «conseil de bande» au paragraphe 2(1) de la Loi), le jugement que la Cour d’appel a rendu dans *Canatonquin*, précité, semble trancher la question de la compétence.

[14] En deuxième lieu, j’ai également examiné l’argument des défendeurs selon lequel l’arrêt *Canatonquin*, précité, pourrait être un jugement erroné et que, [TRADUCTION] «dans d’autres décisions où ce jugement est suivi ou cité, il est présumé qu’un conseil de bande est un “office fédéral” lorsqu’il exerce des pouvoirs découlant de la *Loi sur les Indiens*» (mémoire des défendeurs, paragraphe 60). À ce sujet, ils font valoir que la décision d’un conseil de bande n’est susceptible de révision que lorsqu’elle découle de l’exercice d’un pouvoir qui a été explicitement conféré au conseil en question par une loi fédérale. Ils invoquent les décisions rendues dans *Bigstone c. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux pages 32 et 33 (*Bigstone*); *Administration régionale Crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533 (C.A.), à la page 556; *Samson Cree Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1999), 239 A.R. 214 (C.B.R.), au paragraphe 19, et d’autres décisions. Ils affirment aussi que leur position est compatible avec le

concurrent. In that case, Laskin J. stated that “A Band Council has some resemblance to the board of directors of a corporation, and if the words of s. 2(g) [of the *Federal Court Act*] are taken literally, they are broad enough to embrace boards of directors in respect of powers given to them under such federal statutes as the *Bank Act*, R.S.C. 1970, c. B-1, as amended, the *Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32, as amended, and the *Canadian and British Insurance Companies Act*, R.S.C. 1970, c. I-15, as amended”.

jugement dissident que le juge Laskin (alors juge de la Cour suprême du Canada) a prononcé dans *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, à la page 1379, et auquel trois autres juges ont souscrit. Dans cet arrêt, le juge Laskin s’est exprimé comme suit: «[u]n conseil de bande ressemble quelque peu à un conseil d’administration d’une compagnie, et si on donne un sens littéral aux termes de l’al. g) de l’art. 2 [de la *Loi sur la Cour fédérale*], ils sont assez larges pour comprendre les conseils d’administration en ce qui concerne les pouvoirs qui leur sont donnés en vertu de lois fédérales comme la *Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, ch. B-1, modifiée, la *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, ch. C-32, modifiée, et la *Loi sur les compagnies d’assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, ch. I-15, modifiée».

[15] I doubt that, for all purposes, a band council could still be viewed or compared today to the board of directors of a corporation. Besides having jurisdiction over the registration of band members and the conduct of band affairs, band councils are invested with broad law-making powers through section 81 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15; S.C. 2000, c. 12, s. 152] and other sections of the Act. In the case, for example, of traffic regulation, not only the band members but all people who are on the reserve, whether they are band members, residents or outsiders, may be affected by by-laws duly adopted by band councils. Accordingly, it is preferable to compare band councils to municipal councils (*Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [2000] 1 F.C. 325 (C.A.)). That being said, I recognize that the legislative powers of the Mohawk Council of Kanosatake under the Act may be somewhat more limited since the Kanosatake territory is not a “reserve” within the meaning of the Act. Moreover, the *Kanosatake Interim Land Base Governance Act*, S.C. 2001, c. 8, rectifies, to a large extent, this latter deficiency. Section 7 of the latter Act provides that the Band has jurisdiction “to make laws in relation to the use and development of the lands in the Kanosatake Mohawk interim land base”. Those powers are exercised through the Council. From the list of powers enumerated in said Act (including, for example, traffic regulation), I have no hesitation in concluding that they are analogous to the ones generally attributed to municipal councils and that the Band’s “law making powers” come within the ambit

[15] Je doute qu’un conseil de bande puisse encore être assimilé ou comparé aujourd’hui au conseil d’administration d’une société. En plus d’avoir compétence à l’égard de l’inscription des membres des bandes indiennes et du déroulement des activités de celles-ci, les conseils de bande sont investis de larges pouvoirs de réglementation en vertu de l’article 81 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 15; L.C. 2000, ch. 12, art. 152] et d’autres dispositions de la Loi. En ce qui concerne la circulation, par exemple, non seulement les membres d’une bande, mais toutes les personnes qui se trouvent sur la réserve, qu’elles soient membres de la bande ou qu’elles soient des résidents ou des personnes de l’extérieur, peuvent être touchées par les règlements dûment adoptés par le conseil de bande. En conséquence, il est préférable de comparer les conseils de bande à des conseils municipaux (*Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325 (C.A.)). Cela étant dit, je reconnais que les pouvoirs de réglementation dont dispose le Conseil mohawk de Kanosatake en vertu de la Loi sont peut-être un peu plus restreints, étant donné que le territoire de Kanosatake n’est pas une «réservation» au sens de la Loi. De plus, la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanosatake*, L.C. 2001, ch. 8, rectifie dans une large mesure cette dernière lacune. L’article 7 de cette dernière Loi accorde à la Bande le pouvoir «de légiférer en matière d’utilisation et de mise en valeur du territoire provisoire de Kanosatake». Ces pouvoirs sont exercés par l’entremise du Conseil. À la lumière de la liste des

of section 32 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) (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573).

[16] I also respectfully disagree with the purported effects the respondents attribute to *Bigstone, supra*, and the other cases cited in their memorandum. The respondents assert that in *Bigstone, supra*, the band council was exercising a power conferred under the Act in respect of the management of the native lands and funds rather than dealing with the election process and therefore, it should be distinguished from the case at bar. Nevertheless, it seems clear that this case does recognize the jurisdiction of this Court under section 18 of the *Federal Court Act* when dealing with “any federal board, commission or other tribunal” such as “council of the band” and it “makes no difference that they purport to have been elected by custom rather than under the *Indian Act*” in accordance with the decision in *Canatonquin, supra* (*Bigstone, supra*, at page 33).

[17] Moreover, the most recent case law does not support the respondents’ general proposition. I note that the present situation is somewhat similar to the one examined by the Court in *Francis v. Mohawks Council of Akwesasne* (1993), 62 F.T.R. 314 (F.C.T.D.), where Noël J. (as he then was) granted, under section 18.2 [as enacted by S.C. 1990, s. 5] of the *Federal Court Act*, an interim order prohibiting the Mohawks Council of Akwesasne from holding a by-election. As in this case, the Court was asked to determine the legality of the council’s decision to hold such an election. I also note that in *Frank v. Bottle*, [1994] 2 C.N.L.R. 45 (F.C.T.D.), there was an issue about the Court’s jurisdiction. The issue was the removal of a chief. It was argued that actions under the Blood Tribe Custom Election By-law

pouvoirs énumérés dans cette Loi (y compris, par exemple, la réglementation de la circulation), je n’hésite nullement à conclure que ces pouvoirs sont analogues à ceux qui sont généralement attribués aux conseillers municipaux et que les pouvoirs de réglementation de la Bande sont visés par l’article 32 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) (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573).

[16] Je suis également en désaccord avec les effets que les défendeurs attribuent à la décision rendue dans l’affaire *Bigstone*, précitée, et aux autres décisions qu’ils ont mentionnées dans leur mémoire. Les défendeurs soutiennent que, dans l’affaire *Bigstone*, le conseil de bande exerçait un pouvoir conféré en vertu de la Loi à l’égard de l’administration des terres et des fonds autochtones plutôt que de s’occuper de la procédure électorale et que, par conséquent, cette situation devrait être distinguée d’avec celle du présent litige. Néanmoins, il semble évident que la compétence dont la Cour fédérale est investie en vertu de l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* a été reconnue dans cette décision en ce qui a trait aux actes qu’ils (les défendeurs) ont accomplis en tant qu’«office» ou «personnes», . . . comme un «conseil de bande», «peu importe qu’ils paraissent avoir été élus suivant la coutume plutôt que selon la *Loi sur les Indiens*», conformément à l’arrêt *Canatonquin*, précité (*Bigstone*, à la page 33).

[17] De plus, la jurisprudence plus récente n’appuie pas la proposition générale des défendeurs. Je souligne que la situation exposée en l’espèce est semblable à celle que la Cour a examinée dans *Francis c. Conseil Mohawks d’Akwesasne* (1993), 62 F.T.R. 314 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où le juge Noël (alors juge de la Section de première instance de la Cour fédérale) a prononcé en vertu de l’article 18.2 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* une ordonnance provisoire interdisant au Conseil mohawk d’Akwesasne de tenir une élection partielle. Comme c’est le cas en l’espèce, la Cour a été appelée à déterminer la légalité de la décision du conseil de tenir cette élection. Je souligne également que, dans *Frank c. Bottle*, [1994] 2 C.N.L.R. 45 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la compétence de la Cour était contestée. Le litige

did not constitute decisions by a “federal board, commission or other tribunal”. The by-law’s validity was challenged. The Court followed Pratte J.A.’s comments of the Court of Appeal in *Canatonquin, supra*, at page 793 and noted that the jurisdictional argument was rejected by McNair J. (as he then was) in *Joe v. John*, [1991] 3 C.N.L.R. 63 (F.C.T.D.), at page 70. Moreover, MacKay J. who rendered the Court’s decision in *Frank, supra*, added that it is the Act, and more particularly subsection 2(1) of the Act, “which provides for recognition of the customary law under which the plaintiff, as Chief, and the defendants, as members of the Council of the Blood Tribe, each claim their offices” (paragraph 17), and concluded on this point by stating that “the customary law of the Tribe has recognition as law by reason of federal statutory law and it is the Council so elected which has status in accord with the *Indian Act*” (paragraph 19). I fully agree with these statements and add that they are authoritative justification for the conclusion that any refusal to recognize a Band member’s right to vote at an election conducted under the custom of the Band is a reviewable decision under sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act* (*Scrimbitt v. Sakimay Indian Band Council*, [2000] 1 F.C. 513 (T.D.), at paragraph 22).

[18] Finally, I am unable to accept the respondents’ assertion that this is a purely internal matter that is to be left to the Community. In *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.), at paragraphs 31 and 32 (*Bone*), the Court observed that custom elections are held under the inherent power of the “band”, not from a delegation under the Act. However, this last factor did not prevent the Court from being satisfied that it had jurisdiction to grant declaratory relief pursuant to an application for judicial review by virtue of paragraph 18(1)(a) and subsection 18(3) of the *Federal Court Act* (*Bone, supra*, at paragraph 22). The Court also noted that the issue was whether the Sioux Valley Dakota Oyate Custom Election Code and Regulations reflected the band’s custom by enunciating practices that were generally acceptable to members of the band and

portait sur la destitution d’un chef. Selon l’argument invoqué, les mesures prises en vertu du règlement sur les élections conformément à la coutume de la tribu des Blood ne constituaient pas des décisions prises par un office fédéral. La validité du règlement a été contestée. Souscrivant aux commentaires que le juge Pratte, de la Cour d’appel, avait formulés dans l’arrêt *Canatonquin*, précité, à la page 793, la Cour a souligné que le juge McNair avait rejeté l’argument relatif à la compétence dans *Joe c. John*, [1991] 3 C.N.L.R. 63 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 70. De plus, le juge MacKay, qui a rendu la décision de la Cour dans l’affaire *Frank*, précitée, a ajouté que c’est la Loi, plus précisément le paragraphe 2(1) de celle-ci, qui «reconnait le droit coutumier en vertu duquel le demandeur, en sa qualité de chef, et les défendeurs, en leur qualité de membres du conseil et de la tribu des Blood, allèguent chacun remplir leurs fonctions» (au paragraphe 17) et a conclu ses motifs sur ce point en disant que «le droit coutumier de la tribu est reconnu en tant que loi en raison du droit législatif fédéral, et le conseil ainsi élu a qualité conformément à la *Loi sur les Indiens*» (au paragraphe 19). Je souscris entièrement à ces remarques et j’ajoute qu’elles justifient pleinement la conclusion selon laquelle le refus de reconnaître le droit d’un membre d’une bande de voter lors d’une élection tenue suivant la coutume de la bande est une décision susceptible de révision en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* (*Scrimbitt c. Conseil de la bande indienne de Sakimay*, [2000] 1 C.F. 513 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 22).

[18] Enfin, je ne puis accepter l’argument des défendeurs selon lequel il s’agit d’une question purement interne qui doit être tranchée par la Communauté. Dans *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 31 et 32 (*Bone*), la Cour a fait remarquer que les élections suivant la coutume sont tenues en vertu du pouvoir inhérent de la bande et non en vertu d’un pouvoir délégué en application de la Loi. Cependant, ce dernier facteur n’a pas empêché la Cour de statuer qu’elle avait compétence pour prononcer un jugement déclaratoire dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’alinéa 18(1)a) et du paragraphe 18(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* (décision rendue dans l’affaire *Bone*, précitée, au paragraphe 22). La Cour a également souligné que la question était de savoir si le

upon which there was broad consensus (*Bone, supra*, at paragraphs 27 and 32). In that case, the Court declared that the Code was in force. I therefore conclude that the Court has jurisdiction to entertain this application and, as the case may be, to make any declaration with respect to the custom of the Band and its purported application by the Council and its Executive Director, Barry Bonspille or other election officers, purportedly in the name of the Council, or under the presumed authority of the impugned decision, or of the Code.

[19] Before turning to the merits of the present case, I find it helpful to canvass the general principles of law as they relate to the custom of the Band.

### III GENERAL PRINCIPLES APPLICABLE TO THE CUSTOM OF THE BAND

[20] The Act recognizes two methods for choosing the grand chief and councillors of a band: the first is a procedure set out in the Act itself; the other is by “custom”, and recognizes selection processes developed by First Nations. In the latter case, First Nations determine who may vote, how the voting is carried out, and when elections are held. In the case at bar, what is really at issue is how the upcoming Band custom by-election is to be conducted and who will be entitled to vote.

[21] The jurisprudence has established that it must be incumbent upon those who are relying upon “custom” to at least establish what it is and the derivation thereof: *McArthur v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1992), 91 D.L.R. (4th) 666 (Sask. Q.B.) (*McArthur*). However, while the Act allows for the selection of the “council of the band” by the custom of the Band, it does not set out guidelines as to how that custom is to be identified.

code électoral fondé sur la coutume des Dakotas oyate de Sioux Valley et le règlement connexe traduisaient la coutume de la bande en énonçant des pratiques qui étaient généralement acceptables pour les membres de la bande et qui faisaient l’objet d’un large consensus (*Bone, précitée*, aux paragraphes 27 et 32). Dans cette affaire, la Cour a statué que le code était en vigueur. J’en arrive donc à la conclusion que la Cour a compétence pour statuer sur la présente demande et, s’il y a lieu, pour rendre un jugement déclaratoire au sujet de la coutume de la Bande et de l’application qu’ont tenté d’en faire le Conseil et son directeur général, Barry Bonspille, ou d’autres membres du personnel électoral, apparemment au nom du Conseil ou en vertu de la décision attaquée ou encore du code.

[19] Avant d’examiner le fond du présent litige, j’estime qu’il y a lieu de passer en revue les principes de droit généraux qui s’appliquent à la coutume de la Bande.

### III PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES À LA COUTUME DE LA BANDE

[20] La Loi reconnaît que le grand chef et les conseillers d’une bande peuvent être choisis selon deux méthodes: la première est une procédure énoncée dans la Loi elle-même tandis que la seconde réside dans la «coutume» et les processus de sélection élaborés par les Premières nations. Dans le second cas, les Premières nations déterminent qui peut voter, comment le vote peut être tenu et à quel moment les élections ont lieu. Dans la présente affaire, la question qui se pose en réalité est de savoir comment la prochaine élection partielle doit être tenue selon la coutume de la Bande et qui aura le droit de voter.

[21] Selon un principe établi par la jurisprudence, il incombe à ceux qui invoquent la «coutume» de prouver, à tout le moins, son contenu et les écarts par rapport à celle-ci: *McArthur v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)* (1992), 91 D.L.R. (4th) 666 (C.B.R. Sask.) (*McArthur*). Cependant, même si la Loi permet que les membres du «conseil de bande» soient choisis selon la coutume de la bande, elle n’énonce aucune ligne directrice quant à la façon de déterminer cette coutume.

[22] In *Bigstone, supra*, the validity of the procedures used to determine the rules that would govern the composition and selection of a band council, not governed by section 74 of the Act, was at issue. Strayer J. (as he then was) held that at page 34:

Unless otherwise defined in respect of a particular band, “custom” must I think include practices for the choice of a council which are generally acceptable to members of the band, upon which there is a broad consensus. With a newly re-established band whose circumstances are vastly different (e.g. the majority not being resident on the reserve) from those of the band dissolved some 90 years earlier, it is not surprising that innovative measures would have to be taken to establish a contemporary “custom”. The real question as to the validity of the new constitution then seems to be one of political, not legal, legitimacy: is the constitution based on a majority consensus of those who, on the existing evidence, appear to be members of the band? This is a question which a court should not seek to answer in the absence of some discernable legal criteria which it can apply. While there might be some other basis for judicial supervision if there were clear evidence of fraud or other acts on the part of the defendants which could clearly not be authorized by the Indian Act, there is no evidence of any such activities before me. [My emphasis.]

[23] The constituent elements of custom may therefore be summarized as follows:

- (1) “practices” for the choices of a council;
- (2) practices must be “generally acceptable to members of the band”; and
- (3) practices upon which there is a “broad consensus”.

[24] As I understand it, this jurisprudential definition of custom has two components. The first involves “practices” which may either be “established” through repetitive acts in time, or through a single act such as the “adoption” of an electoral code. This was in fact noted in *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358 (F.C.T.D.) (*McLeod*), where Reed J. (as she then was) described the nature of custom in

[22] Dans la décision *Bigstone*, précitée, le litige portait sur la validité des procédures utilisées pour déterminer les règles devant régir la composition et la sélection d’un conseil de bande non assujéti à l’article 74 de la Loi. Le juge Strayer (alors juge de la Section de première instance de la Cour fédérale) s’est prononcé comme suit à la page 34:

Sauf si elle est définie par ailleurs dans le cas d’une bande donnée, la «coutume» doit inclure, à mon sens, des pratiques touchant le choix d’un conseil qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande, qui font donc l’objet d’un large consensus. S’agissant d’une bande reconstituée dont la situation diffère beaucoup (p. ex. la majorité des membres n’habitant pas dans la réserve) de celle de la bande dissoute il y a quatre-vingt-dix ans, il n’est pas étonnant qu’il faille prendre des mesures innovatrices pour établir une «coutume» contemporaine. Pour ce qui est de la validité de la constitution, la question véritable semble donc se rattacher à sa légitimité politique, et non juridique: la constitution résulte-t-elle de l’accord de la majorité de ceux qui, d’après la preuve produite, paraissent être des membres de la bande? C’est une question qu’un tribunal ne doit pas chercher à trancher en l’absence de critères juridiques discernables qu’il peut appliquer. Certes, l’exercice de la surveillance judiciaire peut être justifié par d’autres motifs, s’il y avait une preuve claire de fraude ou d’autres actes imputables aux défendeurs, qui ne sauraient de toute évidence être autorisés par la *Loi sur les Indiens*, mais aucune preuve ne m’a été présentée quant à de telles activités. [Non souligné dans l’original.]

[23] Les éléments dont se compose une coutume peuvent donc être résumés comme suit:

- 1) les «pratiques» touchant le choix d’un conseil;
- 2) des pratiques qui sont «généralement acceptables pour les membres de la bande»; et
- 3) des pratiques qui font l’objet d’un «large consensus».

[24] Si j’ai bien compris, cette définition jurisprudentielle de la coutume comporte deux éléments. Le premier réside dans les «pratiques», qui peuvent être établies soit par des actes répétitifs, soit au moyen d’une mesure isolée comme l’adoption d’un code électoral. C’est ce qu’a mentionné M<sup>me</sup> le juge Reed (alors juge de la Section de première instance de la Cour fédérale) dans la décision *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*

paragraph 8 as a “practice established or adopted as a result of the individuals to whom it applies having accepted to be governed in accordance therewith”. Further, she emphasized in paragraphs 10 and 17 the evolutionary nature of custom depending on changing circumstances:

Also, custom by its nature is not frozen in time It can and does change in response to changed circumstances. A band may choose to depart from oral tradition and set down its custom in written form. It may move from a hereditary to an electoral system. It may choose to adopt as its customary practices, practices and procedures that resemble the election procedures used to elect municipal or provincial governments. I cannot interpret the reference to “custom of the band” in subsection 2(1) as preventing a band from changing the custom according to which it governs itself from time to time in response to changing circumstances.

...

The defendants’ main argument is that to allow amendment of the custom of the band by majority vote of the band members is to impose a non-customary method of selection. That is, that a determination of how the custom of the band may be changed or determined is itself a determination of the method of selection. That may be the inescapable consequence, but I return to what is fairly established in the jurisprudence, that the custom of the band is the practices for selecting the council of the band that are generally acceptable to members of the band, upon which there is broad consensus As noted above, I cannot conclude that band custom is frozen in time.

[25] It is recognized that the content of the custom of a band will vary from time to time, according to the will of the members of the band. This principle was highlighted in *Six Nations Traditional Hereditary Chiefs v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1992] 3 C.N.L.R. 156 (F.C.T.D.) (*Six Nations Traditional Hereditary Chiefs*). Rouleau J. stated as follows [at pages 163-164]:

The plaintiffs did not succeed in persuading me that custom would be infringed if a referendum were held. It is true that the *Constitution Act, 1982* entrenches the customs of Aboriginal peoples, but if the latter decide that they will no longer elect the band council in accordance with custom, they cannot be accused of infringing their own customs. That would be illogical.

(1998), 165 D.L.R. (4th) 348 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*McLeod*), où elle a décrit la nature d’une coutume au paragraphe 8 comme une «pratique établie ou adoptée par les personnes à qui elle s’applique et qui ont accepté d’être dirigées par elle». De plus, elle a souligné aux paragraphes 10 et 17 la nature changeante de la coutume selon l’évolution des circonstances:

Il faut ajouter que la coutume n’est pas immuable. Elle évolue selon les circonstances. Une bande peut décider de cesser de s’en remettre à sa tradition orale et mettre sa coutume par écrit. Elle peut passer d’un système fondé sur la succession à un système électoral. Elle peut décider d’adopter comme usages des pratiques et une procédure comparables à la procédure électorale utilisée pour élire des gouvernements municipaux ou provinciaux. Je ne peux interpréter l’expression «coutume de la bande», contenue au paragraphe 2(1), comme empêchant une bande de modifier au besoin sa coutume de gouvernement pour tenir compte de situations nouvelles.

[...]

L’argument principal des défendeurs est que le fait d’autoriser la modification de la coutume de la bande à la majorité des voix de ses membres revient à imposer un mode de sélection non coutumier. C’est-à-dire que la détermination de la manière dont la coutume de la bande peut être changée ou déterminée constitue elle-même une détermination du mode de sélection. Cela en est peut-être la conséquence inévitable, mais il faut s’en tenir à ce que la jurisprudence a assez bien établi, soit que la coutume de la bande est l’ensemble des pratiques touchant le choix d’un conseil de bande qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande, qui font donc l’objet d’un large consensus. Comme je l’ai mentionné auparavant, la coutume de la bande n’est pas immuable.

[25] Il est reconnu que la coutume d’une bande variera au fil des années, selon la volonté des membres. Ce principe a été souligné dans *Chefs héréditaires traditionnels des six nations c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1992] 3 C.N.L.R. 156 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (*Chef héréditaires traditionnels des six nations*), où le juge Rouleau s’est exprimé comme suit [aux pages 163 et 164]:

Les demandeurs n’ont pas réussi à me convaincre que la coutume serait violée si un référendum avait lieu. Il est vrai que la *Loi constitutionnelle de 1982* enchâsse les coutumes des peuples autochtones mais si ces derniers décidaient de ne plus élire le Conseil de bande suivant la coutume, on ne peut les accuser de violer leurs propres coutumes. Cela serait illogique.

[26] The second component of the definition of custom, therefore, involves a subjective element, which refers to the manifestation of the will of those interested in rules for determining the electoral process of band council membership to be bound by a given rule or practice. However, the remaining question is: whose consent must be obtained for the purposes of establishing custom? More specifically, what threshold must be reached for practices to be “generally acceptable to members of the band”, and what is the meaning of a “broad consensus”? Are these two “standards” one and the same, or are they cumulative? The “broad consensus” needed to support a band custom system has been generally discussed in the following cases:

[27] In *Bone, supra*, a band that had previously been governed by section 74 of the Act elected to become a custom band. This change was approved after two plebiscites were held in which a majority of the voters approved the change. Heald D.J. (as he then was) found that the code and regulations that were subsequently adopted were [at paragraph 25] “nothing more than an attempt to put down in some kind of recognizable and written form the electoral practices of this particular Band” and that there was no requirement under the Act that a band put in writing its custom with respect to the selection of the band’s council. However, it was not entirely clear whether the band membership had also approved the election code that was eventually used to select the chief and council under the new custom regime. In determining whether the subsequent election of 1994, which had been held in accordance with that code, was valid, Heald D.J. asked himself whether the code reflected the custom of the band: in other words, did it enunciate practices that are generally acceptable to members of the band and upon which there is a broad consensus? According to Heald D.J., the answer was to be found in the conduct of the band in relation to the March 14, 1994 election and the events that followed. He noted that the election had been conducted in accordance with the election code that was being challenged, with no objection having been registered until the election was lost. He interpreted the lack of objection at an earlier date as evidence that the election had been conducted in accordance with what the band

[26] Par conséquent, le deuxième élément de la définition de la coutume est un élément subjectif, qui renvoie à la manifestation de la volonté des personnes souhaitant l’adoption de règles relatives au mode d’élection des membres d’un conseil de bande d’être liées par une règle ou pratique donnée. Cependant, la question demeure toujours celle de savoir quelles sont les personnes dont le consentement doit être obtenu pour l’établissement d’une coutume. Plus précisément, quel est le seuil devant être atteint pour que les pratiques soient «généralement acceptables pour les membres de la bande» et quel est le sens des mots «large consensus»? Ces deux «normes» sont-elles identiques ou cumulatives? Le «large consensus» nécessaire pour appuyer le régime coutumier d’une bande a généralement été commenté dans les arrêts suivants.

[27] Dans la décision *Bone*, précitée, une bande qui avait précédemment été régie par l’article 74 de la Loi a décidé de devenir une bande assujettie à un système coutumier. Ce changement a été approuvé après la tenue de deux plébiscites au cours desquels une majorité d’électeurs ont approuvé le changement en question. Le juge Heald (alors juge suppléant) a statué que le code et le règlement qui ont subséquemment été adoptés n’étaient [au paragraphe 25] «rien de plus qu’une tentative en vue de présenter sous une forme écrite et reconnaissable les pratiques électorales de cette Bande» et qu’il n’était pas nécessaire en vertu de la Loi qu’une bande consigne par écrit sa coutume concernant la sélection des membres de son conseil. Toutefois, la preuve n’indiquait pas clairement si les membres de la bande avaient également approuvé le code électoral qui a finalement été utilisé pour le choix du chef et du conseil en vertu du nouveau régime coutumier. Pour décider si l’élection subséquente de 1994, qui avait été tenue conformément à ce code, était valide, le juge Heald s’est demandé si le code traduisait la coutume de la bande: en d’autres termes, le code énonçait-il des pratiques qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande et qui font l’objet d’un large consensus? Le juge Heald estimait que la réponse se trouvait dans la façon dont la bande s’était comportée relativement à l’élection du 14 mars 1994 et aux événements qui ont suivi cette élection. Il a souligné que l’élection s’était déroulée conformément au code électoral qui était contesté et qu’aucune objection n’avait



had adopted as the custom of the band.

[28] In *McArthur, supra*, the Saskatchewan Court of Queen's Bench found that the Interim Band Council was accepted by all of the 109, or 113, individuals generally acknowledged, at that time, as being legitimate descendants of members of the previous Pheasant Rump Band. It went on to note that [at page 684] "[t]he appellants participated in the process which resulted in the establishment of the Interim Band Council. The evidence permits of no other conclusion that the establishment of the Interim Band Council resulted not just from 'a majority consensus' of those apparently entitled to be members of the new Band but from unanimous consensus".

[29] In *Lac des Mille Lacs First Nation v. Chapman*, [1998] 4 C.N.L.R. 57 (F.C.T.D.) (the First Nation), discussions were apparently held in 1995 among the members of the First Nation and a new Custom Leadership Selection Code (the Selection Code) was drafted along with Referendum Regulations and a draft Financial Administration Law. By referendum of the First Nation, the Selection Code was allegedly adopted by the First Nation. Counsel for the applicant submitted that, with only 73 votes validly cast, it was not possible to state that the Selection Code was adopted according to the criteria established in *Bigstone, supra*. Thus, the issue was whether the Selection Code was generally acceptable and whether it was supported by a broad consensus. Cullen J. (as he then was) concluded as follows at paragraphs 29 and 34:

The unique situation of the members of this First Nation must be considered in such a discussion. According to paragraph 20 of the affidavit of Ron Bachmier there are approximately 300 members of this First Nation who are eligible to vote. However, the location of only approximately 130 of these members is known. The applicant does not contest these figures. The minutes of the 1990 general meeting, at

été formulée avant que l'élection soit perdue. Il a interprété l'absence d'objection antérieure comme une preuve du fait que l'élection s'était déroulée conformément à ce que la bande avait adopté comme sa coutume.

[28] Dans la décision *McArthur*, précitée, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a conclu que le conseil de bande provisoire avait été accepté par la totalité des 109 ou 113 personnes alors généralement reconnues comme des descendants légitimes des membres de la précédente bande indienne de Pheasant Rump. Elle a ajouté ce qui suit [à la page 684]: [TRADUCTION] «[l]es appelants ont participé au processus qui a donné lieu à la création du conseil de bande provisoire. La preuve permet uniquement de conclure que la création du conseil de bande provisoire ne découlait pas simplement d'un "consensus majoritaire" des personnes ayant apparemment droit de faire partie de la nouvelle bande, mais bien d'un consensus unanime».

[29] Dans l'affaire *Première nation du Lac des Mille Lacs c. Chapman*, [1998] 4 C.N.L.R. 57 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) (la Première nation), des discussions ont apparemment eu lieu en 1995 entre les membres de la Première nation et un nouveau code d'élection des chefs et conseil selon la coutume (le code de sélection) a été rédigé ainsi qu'un règlement référendaire et un projet de loi sur la gestion des finances. La Première nation a apparemment adopté le code de sélection au moyen d'un référendum qu'elle a tenu. L'avocat de la demanderesse a soutenu que, étant donné que 73 voix seulement avaient été valablement exprimées, il n'était pas possible de dire que le code de sélection avait été adopté conformément aux critères établis dans la décision *Bigstone*, précitée. La question était donc de savoir si le code de sélection était généralement acceptable et s'il était appuyé par un large consensus. Le juge Cullen (alors juge de la Section de première instance de la Cour fédérale) a conclu comme suit aux paragraphes 29 et 34:

Une telle détermination doit se faire dans le contexte de la situation particulière des membres de cette Première nation. D'après le paragraphe 20 de l'affidavit de Ron Bachmier, il y a approximativement trois cents membres de la Première nation qui ont droit de vote. On ne peut toutefois n'en localiser que 130 à peu près. Ces chiffres ne sont pas contestés par le demandeur. Le procès-verbal de l'assemblée générale de 1990,

which a Chief and Councillors were elected, indicates that somewhere in the neighbourhood of 40 eligible voters participated. This is evidenced by the minutes of the 1990 General Meeting which show that 45 votes were cast in the election of Chief and 38 (114 / 3) in the voting for the Councillors. The minutes of the 1996 election (Exhibit "E" to the affidavit of Roderick Sawdo) indicate that 45 voters were registered. There has been no other evidence presented on the issue of voter participation. There is a pattern of general non-participation even by known members who are eligible to vote. I find that the participation of 86 voting members which resulted in 73 votes being counted, out of which 64 votes were in favour of the Selection Code and 7 were against with one "no opinion" and one spoiled, constitutes a broad consensus sufficient in these special circumstances to consider the Selection Code to now constitute Band Custom.

...

In the result, I find that the respondents Lawrence Chapman, Elizabeth Boucher, Ron Bachmier and James Nayanooke [sic] constitute the proper Chief and Council of the First Nation Lac des Mille Lacs. Furthermore, the Custom Leadership Selection Code is the official band custom and its procedures should be followed in all subsequent selections of Chief and Council until such time as the custom is changed according to a broad consensus of the band members. If the members of this First Nation wish to change their leadership, they will have the opportunity to do so within five years of the last selection process according to the provisions of their own Selection Code. [My emphasis.]

[30] Finally, one of the clearest articulations of what is the requisite subjective element for the establishment of the custom of a band is found in *McLeod, supra*, where Reed J. stated as follows in paragraphs 18-19:

The question that remains is whether "broad general consensus" equates to a "majority decision of the Band members attending a general meeting of the Band convened with notice". In my view, it may do so, or it may not, depending upon a number of factors. If for example, the general meeting was held in a location or at a time when it was difficult for a number of members to attend, and there was no provision for proxy voting, it may not meet the broad consensus test. If the notice was not adequate in not providing sufficient detail of what was proposed, or was not given sufficiently in advance of the meeting to allow people a realistic opportunity to attend then it would not be.

lors de laquelle on a élu un chef et des conseillers, indique qu'à peu près quarante membres votants ont participé à l'élection. Ceci ressort dudit procès-verbal, dans lequel on trouve mention du fait que 45 membres ont voté pour l'élection du chef et 38 (soit 114 votes divisé par 3) pour les conseillers. Le procès-verbal de l'élection de 1996 (Pièce "E" jointe à l'affidavit de Roderick Sawdo) indique que 45 électeurs étaient inscrits. Il n'y a pas d'autre preuve quant à la participation des membres aux élections. On voit donc une nette tendance à la non-participation, même parmi les membres connus qui ont droit de vote. Je suis d'avis que la participation de 86 membres votants et le fait qu'il y a eu 73 votes exprimés (64 pour, 7 contre, un sans avis et un bulletin nul) constitue un assez large consensus dans les circonstances pour que le code d'élection soit assimilable à la coutume de la bande.

[...]

En conséquence, je suis d'avis que les défendeurs, Lawrence Chapman, Elizabeth Boucher, Ron Bachmier et James Nayanooke [sic] sont le chef et le conseil dûment élus de la Première nation Lac des mille lacs. De plus, le Custom Leadership Selection Code (Code d'élection des chef et conseil) constitue la coutume reconnue de la bande et ses procédures doivent s'appliquer à toutes les élections du chef et du conseil tant et aussi longtemps que la coutume ne sera pas changée par un large consensus des membres de la bande. Si les membres de cette Première nation veulent un nouveau leadership, ils auront l'occasion de réaliser ce vœu dans les cinq années suivant le dernier processus de sélection, aux termes mêmes de leur code électoral. En conséquence, cette requête est rejetée. [Non souligné dans l'original.]

[30] Enfin, une des descriptions les plus claires de l'élément subjectif requis pour l'établissement de la coutume d'une bande se trouve dans la décision *McLeod*, précitée, où M<sup>me</sup> le juge Reed s'est exprimée comme suit aux paragraphes 18 et 19:

La question à laquelle il reste à répondre est de savoir si un «large consensus» est synonyme d'une «décision prise à la majorité des voix des membres de la bande présents à une assemblée générale convoquée avec préavis». J'estime que cela peut être le cas ou non, selon un certain nombre de facteurs. Si, par exemple, l'assemblée générale était tenue à un endroit ou à un moment faisant en sorte qu'il est difficile pour plusieurs membres d'y assister et qu'il n'y avait aucune possibilité de voter par procuration, elle pourrait ne pas satisfaire au critère du large consensus. Si l'avis de convocation ne fournissait pas suffisamment de détails sur ce qui serait proposé à cette assemblée ou qu'il n'était pas donné suffisamment à l'avance pour permettre aux gens d'avoir réellement la possibilité d'y assister, l'assemblée ne satisferait alors pas à ce critère.

There are also situations in which those who do not vote may be signalling a willingness to abide by the majority decision of those who do. I am of the view that approval by a majority of the adult members of the Band is probably a safe indication of a broad consensus (the age of majority being a matter for the band to determine). Whether a majority decision by the Band members attending a general meeting demonstrates a broad consensus depends on the circumstances of that meeting. [My emphasis.]

[31] An unresolved question is whether “broad consensus” mean the approval of a majority of both resident and non-resident band members, thereby ensuring that the community’s voice as a whole has been heard. In *Bone, supra*, Heald D.J. stated as follows at paragraphs 44-45:

However, subsection 77(1) has no relevance to these proceedings. The votes in question, in the plebiscites of June and July, 1993, were not elections as contemplated by section 77 of the *Indian Act*: they were not elections for the office of Chief and/or Councillors. The votes in question were plebiscites held to comply with the Department’s policy in relation to the revocation of a section 74 ministerial order. The said policy incorporated the definition of elector as found in the *Indian Act*, which is set out above. This definition does not contain a residency requirement. It does provide for the disqualification of a potential elector in part (c) of the definition. And, as was discussed above, prior to the decision in *Batchewana*, if the election were for Chief or Councillor, an elector was disqualified if he/she did not reside on the Reserve. However, the plebiscites in question were not such elections. Furthermore, there was no provision in the Act that disqualified electors for any reason, with respect to a plebiscite. Therefore, in my view, it follows that if a Band member had met the first two requirements of the definition, that is he/she was registered on the Band List and was eighteen years of age or older, then he/she was an eligible elector according to this definition, and accordingly should have had the opportunity to vote in the plebiscites held in pursuance of the Department’s policy. However, this was not the case. Non-resident Band members were not considered eligible voters and were not permitted the opportunity to vote in the plebiscites. In spite of this apparent deviation from the Department’s policy, on the basis of the plebiscite results, the Department did recommend to the Minister that the section 74 order be repealed.

Il existe également des cas où ceux qui ne votent pas indiquent par là leur volonté de se soumettre au choix de la majorité de ceux qui votent. J’estime que l’approbation de la majorité des membres adultes de la bande constitue probablement un bon indice d’un large consensus (l’âge de la majorité relevant de la bande). La question de savoir si une décision prise à la majorité des voix des membres présents à une assemblée générale démontre l’existence d’un large consensus dépend des circonstances entourant cette assemblée. [Non souligné dans l’original.]

[31] Une des questions non résolues est de savoir si l’expression «large consensus» signifie l’approbation par une majorité des membres tant résidents que non-résidents d’une bande, ce qui permettrait de veiller à ce que la voix de l’ensemble de la communauté soit entendue. Dans la décision *Bone*, précitée, le juge Heald s’est exprimé comme suit aux paragraphes 44 et 45:

Cependant, le paragraphe 77(1) n’est pas pertinent aux fins du présent litige. Les voix exprimées lors des plébiscites de juin et de juillet 1993 ne concernaient pas des élections au sens de l’article 77 de la *Loi sur les Indiens*: en effet, il ne s’agissait pas de l’élection du chef ou des conseillers. Les voix en question portaient sur des plébiscites tenus en application de la politique du ministère au sujet de la révocation d’un arrêté ministériel pris en application de l’article 74. La politique susmentionnée comprenait la définition de l’électeur qui est énoncée dans la *Loi sur les Indiens* et qui est reproduite ci-dessus. Cette définition ne comporte aucune exigence liée à la résidence. Elle prévoit, à l’alinéa c), qu’un électeur peut perdre son droit de vote. Tel qu’il est mentionné ci-dessus, avant l’arrêt *Batchewana*, si le vote concernait l’élection du chef ou d’un conseiller, l’électeur qui ne résidait pas sur la réserve n’avait pas le droit de voter. Cependant, les plébiscites en question n’étaient pas des élections de cette nature. De plus, la Loi ne renfermait aucune disposition qui déclarait certains électeurs inhabiles à voter, pour une raison ou pour une autre, lors d’un plébiscite. En conséquence, à mon avis, le membre de la Bande qui avait respecté les deux premières exigences de la définition, c’est-à-dire le membre qui était inscrit sur la liste de la Bande et qui avait au moins dix-huit ans, était un électeur admissible au sens de cette définition et aurait dû avoir la possibilité de voter lors des plébiscites tenus en application de la politique du ministère. Tel n’a cependant pas été le cas. Les membres non résidents de la Bande n’ont pas été considérés comme des électeurs admissibles et n’ont pas été autorisés à voter lors des plébiscites. Malgré cette dérogation manifeste à la politique susmentionnée, le ministère s’est fondé sur les résultats des plébiscites pour recommander au ministre l’abrogation de l’arrêté pris en application de l’article 74.

Thus, the Respondents were correct in submitting that non-resident Band members should have been given the opportunity to vote in the plebiscites. [My emphasis.]

[32] *Bone, supra*, dealt with the opportunity for non-resident band members to vote in the plebiscites regarding the question of a change to become a custom band. However, I find Heald D.J.'s reasoning to be equally applicable to the case of a vote for a resolution regarding the process of conduct of future elections in a custom band. It is noteworthy that Strayer J.'s definition of custom in *Bigstone, supra*, does not contain a residency requirement and does not disenfranchise some band members from voting.

[33] Also of great relevance to the present case is the British Columbia Supreme Court decision in *Napoleon v. Garbitt*, [1997] B.C.J. No. 1250. In that case, the band had passed the Saulteau Indian Band Government Law (the Law) in 1988 under which it was recognized by INAC (then the Department of Indian Affairs and Northern Development) as a band which selected its council according to the custom of the band. The Law contained a provision as to its own amendment. In the fall of 1996, a certain number of resolutions were passed concerning the procedures for electing the chief and council. The issue raised before the Court was how the Law, as to amendments, was to be viewed and interpreted. Parrett J. noted that the proper interpretation of that Law, applying the custom of the band, was that for the Law to be amended, appropriate notice had to be given to citizens of the proposed amendments, citizens had to be consulted on the desirability of the proposed amendments, and the majority of citizens had to consent to, or vote for, the amendments. However, he also noted that the strict wording of the amendment provisions of the Law had not usually been followed by the band in practice. Rather than operate with strict technical adherence to the Law, the band had adapted the Law to reflect the band's needs as they emerged. The Court concluded that the custom of the band with respect to "amending" its Law had been to seek consensus within the band by means of informal votes or by means of band meetings. The actions of the so-called "dissidents", the

Les intimés ont donc eu raison de soutenir que les membres non résidents de la Bande auraient dû avoir la possibilité de voter lors des plébiscites. [Non souligné dans l'original.]

[32] L'affaire *Bone*, précitée, concernait la possibilité pour les membres non-résidents d'une bande de voter au cours des plébiscites tenus relativement à un changement qui permettrait à la bande de devenir une bande indienne agissant selon ses coutumes. Cependant, j'estime que le raisonnement du juge Heald s'appliquait également au vote concernant une résolution relative au déroulement des élections ultérieures au sein d'une bande agissant selon ses coutumes. Il convient de souligner que la définition que le juge Strayer a donnée au mot coutume dans la décision *Bigstone*, précitée, ne renferme aucune exigence liée à la résidence et ne prive pas certains membres d'une bande du droit de voter.

[33] Par ailleurs, la décision que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendue dans *Napoleon v. Garbitt*, [1997] B.C.J. n° 1250, est très pertinente. Dans cette affaire, la bande avait adopté en 1988 la Saulteau Indian Band Government Law (loi régissant la bande indienne de Saulteau) (la loi) en vertu de laquelle elle était reconnue par AINC (le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada) à titre de bande qui choisissait les membres de son conseil conformément à sa coutume. La loi renfermait une disposition concernant la procédure de modification s'y rapportant. Au cours de l'automne de 1996, un certain nombre de résolutions ont été adoptées au sujet du processus d'élection du chef et des membres du conseil. La Cour a été saisie de la question de savoir comment la loi devait être interprétée en ce qui a trait aux modifications. De l'avis du juge Parrett, pour que cette loi, qui avait pour effet d'appliquer la coutume de la bande, puisse être modifiée, un avis satisfaisant devait être donné aux citoyens au sujet des modifications proposées; les citoyens devaient être consultés sur l'opportunité des modifications en question et la majorité des citoyens devaient consentir à celles-ci ou voter en faveur de leur approbation. Cependant, le juge Parrett a également souligné qu'en pratique, la bande ne s'était pas conformée au libellé strict des dispositions de la loi qui concernent les modifications. Plutôt que de respecter à la lettre les exigences techniques de la loi en question, la bande avait adapté celle-ci en fonction de l'évolution de ses besoins.

defendants in that case, represented attempts to pursue change by democratic means while the actions of the other side, the plaintiffs, appeared to be an attempt to retain power at the expense of democratic principles.

[34] Having said that, I do not consider that it can be claimed that all customary rules which may be invoked by individual band members have a content exactly identical to that of the rules contained in an electoral code. On a number of points, the areas governed by the two sources of law may not exactly overlap, and the substantive rules in which they are framed may not be identical in content. Indeed, this will often be the case with more technical rules governing the conduct of elections which may or may not be applied consistently in practice, depending on the attendant circumstances. The relevant question is whether a particular rule in an electoral code also exists as a customary rule, either because the code has merely codified the custom of the band, or caused it to “crystallise”, or because it has influenced its subsequent adoption.

[35] Thus, one will have to determine how an electoral code has been applied in practice in a given situation, for instance *vis-à-vis* the question of who is entitled to vote and who will administer the conduct of the elections or by-elections. It is quite common that behaviours arising through attitudes, habits, abstentions, shared understandings and tacit acquiescence develop alongside a codified rule and may colour, specify, complement and sometimes even limit the text of a particular rule. Such behaviours may become the new custom of the band which will have an existence of its own and whose content will sometimes not be identical to that of the codified rule pertaining to a particular issue. In such cases, and bearing in mind the evolutionary nature of custom, one will have to ascertain whether there is a broad consensus in the community at a given time as to

La Cour a conclu que la coutume de la bande en ce qui concerne la «modification» de sa loi consistait à obtenir un consensus chez les membres de la bande au moyen de votes informels ou de réunions. Les mesures prises par les présumés «dissidents», les défendeurs dans cette affaire, représentaient des tentatives en vue d’apporter des changements par la voie démocratique, tandis que la conduite de la partie adverse, les demandeurs, semblait être celle de personnes qui désiraient conserver le pouvoir au détriment des principes démocratiques.

[34] Cela étant dit, je ne crois pas qu’il soit possible d’affirmer que toutes les règles coutumières pouvant être invoquées par les membres d’une bande ont un contenu identique en tous points à celui des règles énoncées dans un code électoral. À certains égards, il n’y a peut-être pas tout à fait chevauchement des domaines régis par les deux sources de droit et les règles de fond énoncées ne sont peut-être pas identiques quant au contenu. En fait, c’est souvent ce qui se produit dans le cas de règles plus techniques régissant le déroulement des élections, lesquelles règles ne seront pas toujours appliquées de la même façon en pratique, selon les circonstances concomitantes. La question est de savoir si une règle donnée d’un code électoral existe également à titre de règle coutumière, soit parce que la coutume de la bande a simplement été codifiée ou fixée dans le code, soit parce qu’elle a influencé l’adoption subséquente de la règle en question.

[35] Ainsi, il est nécessaire de savoir comment un code électoral a été appliqué en pratique à une situation donnée, par exemple relativement à la question de savoir qui a le droit de voter et qui dirigera le déroulement des élections générales ou partielles. Il arrive fréquemment que des attitudes, habitudes, abstentions, opinions partagées et assentiments tacites se manifestent parallèlement à l’application d’une règle codifiée et viennent préciser ou compléter le texte de celle-ci. Ces comportements peuvent devenir la nouvelle coutume de la bande qui aura une existence en soi et dont le contenu sera parfois différent de celui de la règle codifiée applicable à une question donnée. Dans ce genre de situations, compte tenu de la nature changeante de la coutume, il sera nécessaire de vérifier s’il existe un large consensus au sein de la communauté relativement au

the content of a particular rule or the way in which it will be implemented.

[36] For a rule to become custom, the practice pertaining to a particular issue or situation contemplated by that rule must be firmly established, generalized and followed consistently and conscientiously by a majority of the community, thus evidencing a “broad consensus” as to its applicability. This would exclude sporadic behaviours which may tentatively arise to remedy certain exceptional difficulties of implementation at a particular moment in time as well as other practices which are clearly understood within the community as being followed on a trial basis. If present, such a “broad consensus” will evidence the will of the community at a given time not to consider the adopted electoral code as having an exhaustive and exclusive character. Its effect will be to exclude from the equation an insignificant number of band members who persistently objected to the adoption of a particular rule governing band elections as a customary one.

[37] In my view, in light of all the above-mentioned cases, the real question as to whether a particular band resolution, decision or an adopted electoral code reflects the custom of the band can be framed as follows: is the resolution, decision or code based on a majority consensus of all those who, on the existing evidence, appear to be members of the band, regardless of residency?

[38] With these general principles in mind, I will now consider what is the custom of the Band applicable to the present dispute.

#### IV ANALYSIS OF THE CUSTOM OF THE BAND

[39] Conflicting views have been taken with regard to the character and effects of the Code to which the impugned decision refers. The applicants stress that the Code and accompanying Regulations have never been officially adopted. As we will see, a resolution adopting “in principle” a former version of the Code was adopted at a Community meeting held on May 20, 1992. The

contenu d’une règle ou de la façon dont elle sera appliquée.

[36] Pour qu’une règle devienne une coutume, la pratique se rapportant à une question ou situation donnée qui est visée par cette règle doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté, ce qui démontrera un «large consensus» quant à son applicabilité. Cette description exclurait les comportements sporadiques visant à corriger des difficultés d’application exceptionnelles à un moment donné ainsi que d’autres pratiques qui sont manifestement considérées au sein de la communauté comme des pratiques suivies à titre d’essai. S’il existe, ce «large consensus» prouvera la volonté de la communauté à un moment donné de ne pas considérer le code électoral adopté comme un document exhaustif et exclusif. Ce consensus aura pour effet d’exclure de l’équation un nombre infime de membres d’une bande qui se sont constamment opposés à l’adoption d’une règle régissant les élections à titre de règle coutumière.

[37] À mon avis, à la lumière de toutes les décisions susmentionnées, la véritable question qui se pose quant à la mesure dans laquelle une résolution ou décision d’une bande ou un code électoral adopté traduit la coutume de la bande en question peut être formulée comme suit: la résolution, la décision ou le code est-il fondé sur un consensus majoritaire de toutes les personnes qui, d’après la preuve existante, semblent être membres de la bande, quel que soit leur lieu de résidence?

[38] En conservant à l’esprit ces principes généraux, j’examinerai maintenant en quoi consiste la coutume de la Bande qui s’applique au présent litige.

#### IV ANALYSE DE LA COUTUME DE LA BANDE

[39] Des opinions contradictoires ont été exprimées au sujet de la nature et des effets du code visé par la décision attaquée. Les demandeurs font valoir que le code et le règlement connexe n’ont jamais été adoptés de façon officielle. Comme nous le verrons, une résolution ayant pour effet d’adopter «en principe» une version antérieure du code a été entérinée lors d’une assemblée

Code, as we will also see, has been used generally as a “guideline” for the conduct of elections. This fact has allowed the development of parallel practices which now form part of the custom of the Band. Accordingly, the applicants ask the Court to set aside the impugned decision and to grant other declaratory and injunctive relief inasmuch as a by-election ordered by the Council to be conducted “in strict compliance” with the Code would be contrary to the custom of the Band.

[40] The respondents allege that the Code was adopted by the Community in a public meeting held on May 20, 1992, at which a “broad consensus” was achieved. In view of its approval, the Code has force of law. Therefore, it can only be changed by the Community in a public meeting. The fact that the Code has not been strictly adhered to cannot amount to an amendment of the Code. The Code can only be amended by a resolution of the Council subsequently ratified by the Community. No such resolution was ever passed. Accordingly, the Council, which is simply carrying out the wishes of the Community, may take any measures to ensure the procedure for the election of its members is followed “in its entirety without deviation or exception” (resolution adopted on October 19, 2002, at a Community meeting, Exhibit “H” to the affidavit of James Gabriel, dated December 1st, 2002).

[41] In view of the contradictory positions taken by the parties, it is therefore necessary to analyse the context in which the Code was “adopted” and whether a “broad consensus” has been achieved with respect to its adoption and subsequent application. Some history will provide the proper factual background.

#### Situation prior to 1991

[42] Traditionally, prior to 1991, the selection and appointment of the grand chief and other chiefs of the Council were made by the Six Nations Traditional Hereditary Clan Mothers in accordance with the custom of the band. The Council at that time consisted of one grand chief and eight chiefs. The grand chief and two

de la Communauté tenue le 20 mai 1992. Comme nous le verrons également, le code a généralement été utilisé comme «ligne directrice» concernant la tenue des élections. Ce fait a permis l’adoption de pratiques parallèles qui font maintenant partie de la coutume de la Bande. En conséquence, les demandeurs demandent à la Cour d’annuler la décision attaquée et de prononcer un jugement déclaratoire ainsi qu’une injonction, dans la mesure où l’élection partielle tenue «d’une manière rigoureusement conforme» au code suivant les ordres du Conseil irait à l’encontre de la coutume de la Bande.

[40] Les défendeurs allèguent que la Communauté a adopté le code lors d’une assemblée publique qui a été tenue le 20 mai 1992 et au cours de laquelle un «large consensus» a été atteint. Par suite de cette approbation, le code a force de loi. Par conséquent, il ne peut être modifié que par la Communauté au cours d’une assemblée publique. Le fait que le code n’a pas été respecté à la lettre ne signifie pas pour autant qu’il a été modifié. Le code ne peut être modifié que par une résolution du Conseil qui est subséquemment ratifiée par la Communauté. Aucune résolution de cette nature n’a été adoptée. En conséquence, le Conseil, qui donne simplement suite aux désirs de la Communauté, peut prendre toute mesure visant à faire en sorte que la procédure relative à l’élection de ses membres soit suivie [TRADUCTION] «en entier sans dérogation ni exception» (résolution adoptée le 19 octobre 2002 à une assemblée de la Communauté, pièce «H» jointe à l’affidavit de James Gabriel daté du 1<sup>er</sup> décembre 2002).

[41] Compte tenu des positions contradictoires des parties, il est nécessaire d’analyser le contexte dans lequel le code a été «adopté» et de vérifier si un «large consensus» a été atteint relativement à l’adoption de ce code ainsi qu’à son application subséquente. Un retour en arrière s’impose à cette fin.

#### La situation qui prévalait avant 1991

[42] Traditionnellement, avant 1991, la sélection et la nomination du grand chef et des autres chefs du Conseil étaient faites par les Six Nations Traditional Hereditary Clan Mothers conformément à la coutume de la bande. À l’époque, le Conseil se composait d’un grand chef et de huit chefs. Le grand chef et deux chefs étaient choisis

chiefs were selected from the Turtle Clan. Three chiefs were selected from the Bear Clan and three chiefs were selected from the Wolf Clan.

[43] Over the years, elements of the Community grew dissatisfied with this mode. Attempts, all unsuccessful, were made in the sixties, the seventies and the eighties to replace the traditional system by an elective one. Those attempts are well explained in two decisions of this Court: *Gabriel v. Nicholas*, [1983] F.C.J. No. 2 (F.C.T.D.) (QL); and *Six Nations Traditional Hereditary Chiefs*, *supra*.

[44] As the Court points out in the former decision, INAC became concerned about the incessant requests of some groups of band members to have an elective process. In 1988, it was therefore decided to ask the Community to pronounce itself on this issue. A referendum was to be held in June 1988. The Minister's right to hold a referendum was contested. Interested parties agreed that the Court should first dispose of the jurisdictional issue. Further delays ensued. In the meantime, what was labelled by the media as the "Oka Crisis" received national coverage during the summer of 1991. The Oka Crisis was a 78-day standoff which was sparked when the municipality of Oka tried to expand a golf course onto disputed land which was claimed to be Mohawk territory. In the early days of this standoff, a Sûreté du Québec officer was shot and killed. The judgment of the Court came a few months after the Oka Crisis. On February 20, 1991, the Court ruled that the holding of a referendum was neither unfair, arbitrary nor illegal.

[45] The referendum was held on May 31, 1991. It was conducted by the Canadian Election Consultants, a neutral organism hired by INAC. A majority of the Band members favoured the election process. Although the particular results of the plebiscite are not part of the Court's record, all parties agree that there was a broad general consensus to replace the traditional mode of selecting and appointing the members of the Council by

parmi les membres du Turtle Clan. Trois chefs étaient choisis parmi les membres du Bear Clan et trois autres, parmi ceux du Wolf Clan.

[43] Avec le temps, cette façon de procéder a engendré de l'insatisfaction chez certains membres de la Communauté. Au cours des années soixante, soixante-dix et quatre-vingt, des efforts visant à remplacer le système traditionnel par un système d'élection ont été déployés, mais en vain. Ces tentatives sont bien expliquées dans deux décisions que la Cour fédérale a rendues: *Gabriel c. Nicholas*, [1983] A.C.F. n° 2 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); et *Chef héréditaires traditionnels des six nations*, précitée.

[44] Comme la Cour l'indique dans la première décision, AINC est devenu préoccupé par les demandes incessantes que certains groupes de membres de la Bande avaient formulées relativement à l'utilisation d'un processus électoral. En 1988, le Ministère a donc décidé de demander à la Communauté de se prononcer elle-même sur cette question. Un référendum devait avoir lieu en juin 1988. Le droit du ministre de tenir un référendum a été contesté. Les parties intéressées ont convenu que la Cour devrait d'abord trancher la question de la compétence, ce qui a occasionné d'autres délais. Entre-temps, l'attention nationale s'est tournée vers ce que les médias ont appelé la «crise d'Oka», qui est survenue au cours de l'été 1991. La crise d'Oka était une confrontation armée qui a duré 78 jours et qui a été déclenchée lorsque la municipalité d'Oka a tenté d'agrandir un terrain de golf sur un terrain dont les Mohawks revendiquaient la propriété. Au cours des premiers jours de cette crise, un agent de la Sûreté du Québec a été abattu. La Cour a fait connaître son jugement quelques mois après la crise d'Oka et a statué, le 20 février 1991, que la tenue du référendum n'était pas inéquitable, arbitraire ou illégale.

[45] Le référendum a eu lieu le 31 mai 1991, sous la direction des Canadian Election Consultants, organisme neutre dont AINC avait retenu les services. Une majorité des membres de la bande étaient en faveur du processus électoral. Bien que les résultats précis du plébiscite ne soient pas inclus dans le dossier de la Cour, toutes les parties conviennent qu'il existait un large consensus en faveur du remplacement du mode traditionnel de



an elective system. But what kind?

#### Transition

[46] The election of an interim Council was completed on June 27, 1991. It was conducted by the same neutral agency. The defined voter eligibility in this election consisted “of all members of the Kanesatake Mohawk Band (regardless of residence) aged 18 years or over on voting day” (Exhibit “D” to the affidavit of Nathalie Nepton, dated December 10, 2002). Seven chiefs and one grand chief were elected for a term of ten months. One of their priorities was to develop the Code which could be used for the next coming election which was planned to take place at the end of April 1992. It was also expected that before the election, the Community would have adopted and ratified the proposed code.

[47] Again, in April 1992, the same consulting firm was assigned by INAC to conduct the 1992 election “in accordance with the newly defined custom election code of Kanesatake”. But the Code had yet to be finalized and submitted for the approval of the Band members. The Council tentatively set the election day on May 30, 1992. On April 25, 1992, Grand Chief Jerry Peltier, in the name of the Council, publicly announced that “a mail-in voting process will be in place for this election and will receive the voting of Kanesatake Mohawks who do not live in the Kanesatake Community. There is also to be a mobile pole [*sic*] available on the 23rd, 24th and 30th of May 1992” (press release, dated April 25, 1992).

#### Draft Electoral Code

[48] Either in March or April 1992, a “draft Electoral Code” (the draft Code) was circulated among members of the Community. The evidence on record does not show if said document was circulated among non-residents as well. An important feature of that draft Code was the reduction of the size of the Council. The aforementioned would be reduced from nine to seven

sélection et de nomination des membres du Conseil par un système électoral. Mais quel type de système électoral?

#### Transition

[46] L’élection d’un conseil provisoire a eu lieu le 27 juin 1991, sous la direction du même organisme neutre. Les électeurs admissibles à voter à cette élection étaient définis comme suit: [TRADUCTION] «tous les membres de la bande indienne des Mohawks de Kanesatake (quel que soit leur lieu de résidence) âgés d’au moins 18 ans le jour du vote» (pièce «D» jointe à l’affidavit de Nathalie Nepton en date du 10 décembre 2002). Sept chefs et un grand chef ont été élus pour un mandat de dix mois. Une des priorités de ces personnes consistait à rédiger le code qui pourrait être utilisé lors de la prochaine élection, laquelle devait avoir lieu à la fin d’avril 1992. Il était également prévu qu’avant l’élection, la Communauté aurait adopté et ratifié le code proposé.

[47] En avril 1992, AINC a confié au même cabinet de consultants la tâche de diriger le déroulement de l’élection de 1992 [TRADUCTION] «conformément à la nouvelle coutume définie dans le code électoral de Kanesatake». Cependant, le code devait être rédigé sous forme finale et soumis à l’approbation des membres de la Bande. Le Conseil a fixé provisoirement la date de l’élection au 30 mai 1992. Le 25 avril 1992, le grand chef Jerry Peltier a annoncé au nom du Conseil qu’ [TRADUCTION] «un processus de vote par correspondance sera mis en place pour cette élection et pour la réception des bulletins de vote des Mohawks de Kanesatake qui n’habitent pas dans la Communauté de Kanesatake. Il y aura également un bureau de vote itinérant les 23, 24 et 30 mai 1992» (communiqué de presse daté du 25 avril 1992).

#### Le projet de code électoral

[48] En mars ou avril 1992, un [TRADUCTION] «projet de code électoral» (le projet de code) a été distribué parmi les membres de la Communauté. La preuve versée au dossier n’indique pas si le document en question a également été distribué aux non-résidents. Un des éléments importants de ce projet était la réduction du nombre de membres du Conseil, qui devait passer de

members. I will not insist on this aspect since all parties agree that the smaller size, which corresponds to the size of all the councils elected since 1992, is part of the custom of the Band. However, I note that the Council in subsequent resolutions passed since 1992 has consistently referred to the said reduction as an “amendment”. This shows that some sort of custom, although unwritten, incorporating features of the 1991 election, existed at the time the draft Code was circulated. This is not to say, however, that this “custom” was definite and that it could not evolve through the adoption of a new set of rules and election procedures. In fact, that was precisely the purpose of the draft Code which was circulated.

[49] Another distinguishing feature of the draft Code was the general exclusion of non-residents from the nominating and voting process under Article 2.1 (Draft Electoral Code, Exhibit “A” to the affidavit of Andrew Hayes, dated December 16, 2002):

2.1 Every member of the Mohawk Community of Kanesatake who is of the age of eighteen (18) years or upwards may nominate and elect eligible persons to sit on the Mohawk Council of Kanesatake.

[50] However, an exception was provided in the case of Band members “domiciled” in the Community, but who are absent for “temporary reasons”. Article 2.2 reads as follows:

2.2 Any member of the Mohawk Community of Kanesatake who is domiciled in the Community but who is absent for temporary reasons, such as employment, studies, illness or vacation, shall not, for such reasons only, cease to be an eligible voter.

[51] Moreover, it is clear that the authors of the draft Code viewed the exclusion of non-residents as a consequence of a Band member’s personal characteristics such as birth or marriage. This is evidenced by the “Note” that immediately follows Article 2.2:

neuf à sept. Je n’insiste pas sur cet aspect, étant donné que toutes les parties conviennent que le nombre réduit, qui correspond au nombre de membres de tous les conseils élus depuis 1992, fait partie de la coutume de la Bande. Cependant, je souligne que, dans les résolutions subséquemment adoptées depuis 1992, le Conseil a constamment utilisé le mot «modification» pour décrire ladite réduction, ce qui indique qu’une sorte de coutume, bien que non écrite, intégrant les caractéristiques de l’élection de 1991 existait lorsque le projet de code a été distribué. Cependant, cela ne signifie pas que cette «coutume» était figée dans le temps et qu’elle ne pourrait évoluer par suite de l’adoption d’un nouvel ensemble de règles et de procédures électorales. En fait, c’est précisément la raison pour laquelle le projet de code était distribué.

[49] Une autre caractéristique distinctive du projet de code était l’exclusion générale des non-résidents de la procédure de mise en candidature et du mécanisme de votation en vertu de l’article 2.1 (Projet de code électoral, pièce A jointe à l’affidavit d’Andrew Hayes en date du 16 décembre 2002):

[TRADUCTION]

2.1 Chaque membre de la Communauté mohawk de Kanesatake qui est âgé d’au moins 18 ans peut proposer et élire des personnes admissibles qui siégeront au Conseil mohawk de Kanesatake.

[50] Cependant, une exception a été prévue dans le cas des membres du Conseil qui sont «domiciliés» dans la Communauté, mais qui sont absents pour [TRADUCTION] «des raisons temporaires». Voici le texte de l’article 2.2:

[TRADUCTION]

2.2 Tout membre de la Communauté mohawk de Kanesatake qui est domicilié dans la Communauté, mais qui est absent pour des raisons temporaires, notamment le travail, les études, la maladie ou les vacances, ne cesse pas pour cette simple raison d’être un électeur admissible.

[51] De plus, il est évident que les auteurs du projet de code considéraient l’exclusion des non-résidents comme une conséquence des caractéristiques personnelles des membres d’une bande, comme la naissance ou le mariage. C’est ce qu’indique la «Remarque» qui suit immédiatement l’article 2.2:

**NOTE:** To be “domiciled” means to have both a connection with the Community by birth or marriage and also to have an intention to remain part of the Community.

[52] As can be seen, Article 2 of the draft Code was in sharp contrast with the public announcement made on April 25, 1992, which allowed all members of the Band, aged 18 years or over, on voting day, to vote, regardless of their residence, and constituted a clear departure from the Band’s burgeoning custom followed during the election of June 1991.

[53] Other fundamental changes introduced by the draft Code concerned the persons who would be responsible for conducting the elections. As we have seen, they were conducted in 1991 by an outside consulting firm which was mandated to do the same in 1992. Under the draft Code, the list of eligible voters would now be established by five persons within the Community. The latter were designated afterwards in the current version of the Code as “Election Supervisors” (Article 7.1) Moreover, the Community would also establish a “Council of Elders” and its role would be to hear appeals made by defeated candidates (Article 8). However, these provisions of the draft Code did not provide details on the election and functioning of the Council of Elders. For the most part, these aspects, together with many essential ingredients respecting the nomination meeting and the responsibilities of the Election Supervisors, are to be found in the Regulations adopted by the Council under Article 9 of the Code.

[54] There were Community consultations from March 3 to May 11, 1992. This was done by telephone interviews or workshops. Some 86 persons expressed their opinions. Their comments on the draft Code were reflected in a document which reproduced the provisions of the draft Code together with the participants’ “proposed changes” (Exhibit “A” to the affidavit of Andrew Hayes). The evidence shows that these consultations were limited to the draft Code itself. They did not include any proposed Regulations. The evidence

[TRADUCTION]

**REMARQUE:** Être «domicilié» signifie avoir un lien avec la Communauté par la naissance ou le mariage et avoir également l’intention de continuer à en faire partie.

[52] Comme cette remarque l’indique, l’article 2 du projet de code était nettement différent du communiqué de presse publié le 25 avril 1992, selon lequel tous les membres de la Bande âgés d’au moins 18 ans le jour du vote seraient admissibles à voter, quel que soit leur lieu de résidence, et constituait un écart marqué par rapport à la nouvelle coutume de la Bande qui avait été suivie au cours de l’élection tenue en juin 1991.

[53] Les autres changements fondamentaux découlant du projet de code concernaient les personnes qui seraient chargées de diriger les élections. Comme nous l’avons vu, les élections ont été dirigées en 1991 par un cabinet de consultants de l’extérieur qui avait été chargé de faire la même chose en 1992. En vertu du projet de code, la liste d’électeurs admissibles serait désormais établie par cinq personnes de la Communauté. Ces personnes ont subséquentement été désignées sous le nom de «scrutateurs» dans la version actuelle du code (article 7.1). De plus, la Communauté devait également mettre sur pied un «conseil des aînés», dont le rôle consisterait à entendre les appels déposés par les candidats défaits (article 8). Cependant, ces dispositions du projet de code ne contenaient aucune précision au sujet de l’élection et du fonctionnement du conseil des aînés. La plupart de ces aspects ainsi que bon nombre d’éléments essentiels concernant l’assemblée de mise en candidature et les responsabilités des scrutateurs sont décrits dans le règlement que le Conseil a adopté en application de l’article 9 du code.

[54] Des consultations ont eu lieu au sein de la Communauté du 3 mars au 11 mai 1992, que ce soit dans le cadre d’entrevues téléphoniques ou d’ateliers de travail. Environ 86 personnes ont exprimé leurs points de vue. Leurs commentaires concernant le projet de code ont été reproduits dans un document qui comportait les dispositions du projet de code ainsi que les changements que les participants ont proposés (pièce «A» jointe à l’affidavit d’Andrew Hayes). Il appert de la preuve que ces consultations étaient limitées au projet de code

on record does not show if non-residents were invited to participate or did in fact participate in the consultative process. In view of the particular comments reproduced in said document, it can be inferred that non-residents were excluded from the consultative process. In any event, the latter document was submitted for “discussion” at a Community meeting that was held on May 20, 1992, at 7:30 p.m., in the Kanestake gymnasium. Draft Regulations under Article 9 of the Code, if they ever existed, were not part of the “discussion” package.

#### The May 20, 1992 meeting

[55] The May 20, 1992 meeting was presided over by Grand Chief Peltier. He reminded the audience that at a Community meeting held on May 5, 1992, it was decided to “delay both the elections and also the implementation of the election code for at least 2 weeks” (transcript of the minutes of the meeting held on May 20, 1992, Exhibit “B” to the affidavit of James Gabriel, dated December 15, 2002). He also explained that in the meantime the “discussion paper”, to which reference was made above, with a “memorandum” dated May 13, 1992, from Chief Clarence Simon explaining the results of the surveys “were going to be distributed to all community band members” (“Results of Community Consultations [sic] re: Election Code”, Exhibit “A” to the affidavit of Andrew Hayes). However, there is insufficient evidence on record to permit the Court to infer that those documents were in fact distributed to all Band members, regardless of their place of residence, with a notice of the purpose of the May 20, 1992 meeting. This important lacuna, together with the nature of the resolution adopted at this meeting, cast great doubt on the respondent’s submission that the Code is legally in force today and can only be “amended” by a new vote of the Band members.

[56] Immediately following the opening statements made by Grand Chief Peltier, one of the participants, Mr.

lui-même et ne portaient sur aucun règlement proposé. La preuve versée au dossier n’indique pas si les non-résidents ont participé ou non à la consultation ou s’ils ont été invités à y participer. Compte tenu des commentaires reproduits dans le document en question, il est permis de déduire que les non-résidents ont été exclus du processus de consultation. En tout état de cause, ce dernier document a été présenté à des fins de «discussion» à une assemblée de la Communauté qui a été tenue le 20 mai 1992 à 19h30, dans le gymnase de Kanestake. Le projet de règlement pris en application de l’article 9 du code, s’il a déjà existé, ne faisait pas partie de l’ensemble de documents à débattre.

#### L’assemblée du 20 mai 1992

[55] L’assemblée du 20 mai 1992 a été présidée par le grand chef Peltier, qui a rappelé aux personnes présentes qu’au cours d’une assemblée tenue le 5 mai 1992, il avait été décidé de [TRADUCTION] «reporter d’au moins deux semaines tant les élections que la mise en œuvre du code électoral» (transcription du procès-verbal de l’assemblée tenue le 20 mai 1992, pièce «B» jointe à l’affidavit de James Gabriel daté du 15 décembre 2002). Il a également expliqué qu’entre-temps, le [TRADUCTION] «document de travail» dont il est fait mention plus haut ainsi qu’une [TRADUCTION] «note explicative» datée du 13 mai 1992, dans laquelle le chef Clarence Simon explique les résultats des sondages, [TRADUCTION] «seraient distribués à tous les membres de la Communauté» (résultats des consultations menées auprès de la Communauté au sujet du code électoral, pièce «A» jointe à l’affidavit d’Andrew Hayes). Cependant, il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve au dossier pour permettre à la Cour de déduire que ces documents ont effectivement été distribués à tous les membres de la Bande, quel que soit leur lieu de résidence, ainsi qu’un avis de l’objet de l’assemblée du 20 mai 1992. Cette importante lacune ainsi que la nature de la résolution adoptée à cette assemblée permettent de douter fortement de l’affirmation des défendeurs selon laquelle le code est légalement en vigueur aujourd’hui et ne peut être «modifié» qu’au moyen d’un nouveau vote par les membres de la Bande.

[56] Immédiatement après les remarques préliminaires du grand chef Peltier, un des participants, M. Morelely

Morelely Oke, an elder, intervened and moved that “we adopt the electoral code as is now on a [sic] interim basis”; the latter having stated earlier that the draft Code “is a working document and that’s what it’s meant to do . . . and I think that most of us here will realize that any trouble that we have with it will come out after and the new council can deal with the things that didn’t work”. The motion was seconded by Mr. Richard Gabriel who added that “the elections should continue and the new council work on the new codes [sic]” (transcript of the minutes of the meeting held on May 20, 1992, *supra*, at page 3).

[57] Further to these interventions, Grand Chief Peltier called a vote on the following resolution (*ibid*, at page 3):

Be it resolved that the draft election code be adopted in principle and that the new council carry out further work on the code and present it to the community for final ratification.

[58] The results of the vote called above being in favour 68, against 16, abstained 1, the resolution was accordingly adopted (*ibid*, at page 4).

#### The 1992 general election

[59] At the end of the May 20, 1992 meeting, Grand Chief Peltier announced that the election would now be held on June 13, 1992. He explained that “[t]he nominations have been going on and will continue” and that the deadline for the nominations would be on May 23, 1992, at 10:00 p.m. As can be seen, there were 21 days between the last day of the nominations and the election date, a fact upon which the applicants rely on to affirm that since 1992 the custom of the Band is to allow at least 21 days (and not 12 days as mentioned in the Regulations) between the nomination meeting and the election day. Grand Chief Peltier concluded the meeting by mentioning: “make sure your name is on the voters’ list and you have to be 18 years and over the last day to check whether your name is on the voters’ list is May the 30th, which is a Saturday 1992 [sic]” (*ibid*, at page 4). This statement clearly suggests that all Band members aged 18 years and over regardless of their residence were

Oke, qui est un aîné, est intervenu et a proposé que [TRADUCTION] «nous adoptions provisoirement le code électoral sous sa forme actuelle»; M. Oke avait déclaré précédemment que le projet de code [TRADUCTION] «est un document de travail et c’est ce qu’il vise à faire [. . .] je pense que la plupart des personnes présentes ici comprendront que les problèmes d’application que nous rencontrerons seront dévoilés et que le nouveau conseil pourra les régler». La motion a été appuyée par M. Richard Gabriel, qui a ajouté ce qui suit: [TRADUCTION] «les élections devraient se poursuivre et le nouveau conseil devrait travailler sur les nouveaux codes» (transcription du procès-verbal de l’assemblée tenue le 20 mai 1992, à la page 3).

[57] Par suite de ces interventions, le grand chef Peltier a demandé la tenue d’un vote concernant la résolution suivante (*ibid*, à la page 3):

[TRADUCTION] Il est résolu que le projet de code électoral soit adopté en principe et que le nouveau conseil finalise le code et le présente à la Communauté en vue de sa ratification finale.

[58] La résolution a été adoptée par suite du vote susmentionné au cours duquel 68 personnes se sont exprimées en faveur, 16 contre et une s’est abstenue (*ibid*, à la page 4).

#### L’élection générale de 1992

[59] À la fin de l’assemblée tenue le 20 mai 1992, le grand chef Peltier a annoncé que l’élection aurait lieu le 13 juin 1992. Il a expliqué que [TRADUCTION] «les mises en candidature ont débuté et se poursuivront» jusqu’au 23 mai 1992 à 22 h. Comme ces faits l’indiquent, un délai de 21 jours s’est écoulé entre la date limite des mises en candidature et celle de l’élection; les demandeurs invoquent ce délai pour affirmer que, depuis 1992, la coutume de la Bande consiste à allouer un délai d’au moins 21 jours (plutôt que le délai de 12 jours prévu dans le règlement) entre l’assemblée de mise en candidature et l’élection. Le grand chef Peltier a mis fin à l’assemblée en mentionnant ce qui suit: [TRADUCTION] «assurez-vous que votre nom figure sur la liste des électeurs; vous devez être âgé d’au moins 18 ans et la date limite à laquelle vous pouvez vérifier si votre nom se trouve sur la liste est le 30 mai 1992, ce qui est un samedi (*ibid*, à la page 4). Cette déclaration indique

entitled to vote at this election. Actually, the list of electors prepared by the consulting firm, dated June 4, 1992, included non-resident Community members as well (list of electors for the June 13, 1992 Kanésatake Mohawk Council Election, letter dated May 27, 1992 from J. Donegani, Exhibits “B” and “D” to the affidavit of Nathalie Nepton, dated December 10, 2002). 1336 Band members who were still living appeared on the Band’s list, but some 283 were either deceased or could not be found or identified. There were 1107 eligible voters left, out of which 739 were residents and 368 were non-resident Community members. Out of that number, some 567 electors voted on June 13, 1992, including 398 residents and 169 non-residents. Grand Chief Peltier was re-elected to that position together with six other candidates as chiefs for a three-year period.

[60] Although the draft Code has been in fact remodelled since the May 20, 1992 meeting, what appears to be the current version of the Code and accompanying Regulations have never been officially adopted by the Council, nor have they been ratified by the Community. It is therefore necessary to examine how the draft Code has been implemented in practice.

#### Practice since the 1992 general election

[61] It seems that the words “in accordance with the Electoral Code of Kanésatake”, or other words with the same meaning, appearing in some past Council resolutions (applicants’ application record, Resolutions dated May 1, 1995, November 2, 2002, May 19, 1998, May 29, 2001, Exhibits “3B” and “3C” as well as “4A” and “4B”) have never been intended to exclude the participation of non-residents and the use of outside consultative firms. Notwithstanding the restrictions found in Article 2 of the Code (which was unilaterally modified after May 20, 1992, to take into account some of the comments made earlier by some participants in the consultative process), the practice of the last ten years is to let all non-residents vote at all the elections that followed the 1992 general election:

clairement que tous les membres de la Bande âgés d’au moins 18 ans auraient le droit de voter à cette élection, quel que soit leur lieu de résidence. Effectivement, les noms des membres non-résidents de la Communauté figuraient également sur la liste d’électeurs préparée par le cabinet de consultants et datée du 4 juin 1992 (Liste d’électeurs pour l’élection du Conseil des Mohawks de Kanésatake du 13 juin 1992, lettre en date du 27 mai 1992 de J. Donegani, pièces «B» et «D» jointes à l’affidavit de Nathalie Nepton en date du 10 décembre 2002). Les noms de 1 336 membres de la Bande qui vivaient encore figuraient sur la liste, mais environ 283 personnes étaient décédées ou n’ont pu être trouvées ou identifiées. Le nombre d’électeurs admissibles s’établissait donc à 1 107 personnes, soit 739 résidents et 368 non-résidents. Parmi toutes ces personnes, environ 567 ont voté lors de l’élection du 13 juin 1992, soit 398 résidents et 169 non-résidents. Le grand chef Peltier a été réélu à ce poste ainsi que six autres candidats à titre de chefs pour un mandat de trois ans.

[60] Même si le projet de code a effectivement été modifié depuis l’assemblée du 20 mai 1992, le texte qui semble être la version actuelle du code et du règlement connexe n’a jamais été officiellement adopté par le Conseil ni ratifié par la Communauté. Il est donc nécessaire de savoir comment le projet de code a été appliqué en pratique.

#### La pratique suivie depuis l’élection générale de 1992

[61] Il semble que les mots [TRADUCTION] «conformément au code électoral de Kanésatake» ou d’autres mots ayant le même sens et figurant dans quelques résolutions antérieures du Conseil (dossier de la demande des demandeurs, résolutions datées des 1<sup>er</sup> mai 1995, 2 novembre 2002, 19 mai 1998 et 29 mai 2001, pièces «3B» et «3C» et pièces «4A» et «4B») ne visaient nullement à exclure la participation des non-résidents ou le recours à des cabinets de consultants de l’extérieur. Malgré les restrictions énoncées à l’article 2 du code (qui a été modifié unilatéralement après le 20 mai 1992 par suite de quelques-uns des commentaires précédemment formulés par quelques participants au processus de consultation), la pratique suivie au cours des dix dernières années consistait à permettre à tous les non-résidents de voter à toutes les élections qui ont eu lieu après l’élection générale de 1992:

(a) On August 14, 1993, the Council held a by-election for three vacant positions. The same consulting firm was hired. All Band members, regardless of their residence, were eligible to vote (Public Notice, dated June 2, 1993, Exhibit "A" to the third supplementary affidavit of James Gabriel, dated December 16, 2002). The voters' list had 1104 electors and 289 electors voted (Band list (18 years and over August 14, 1993) and list of electors, comparisons, Exhibit "G" to the affidavit of Nathalie Nepton, dated December 10, 2002).

(b) Again on June 10, 1995, a general election for the grand chief and six chiefs on the Council was held. The term was also for three years and the election was apparently conducted according to the draft Code which was adopted in principle on May 20, 1992. This election was conducted by "Coopers and Lybrand" of Montréal and all Band members, "regardless of their residence", were invited to vote (Resolution dated May 1, 1995, Exhibit "I" to the affidavit of Nathalie Nepton, dated December 10, 2002).

(c) The same form of resolution was signed by the Council in 1998 and again in 2001 for the general elections held on June 27, 1998, and July 14, 2001 (resolutions of May 19, 1998 and of May 29, 2001 in the second supplementary affidavit of James Gabriel, Exhibits "A" and "B"). The official Notices of Election issued by the Council on both occasions clearly state that all Band members aged 18 years and over on voting day were eligible to vote (Exhibits "L" and "S" to the affidavit of Nathalie Nepton, dated December 10, 2002). Six hundred and three electors voted in the June 27, 1998 election. Official results for the July 14, 2001 election were not provided to the Court; however, as appears from the affidavit evidence on file, non-residents did, in fact, vote at this latter election (affidavits of Rita Jacobs, Helene Gareau, Gisele Mayer Masion, Carol Simon, Dorice Cardinal, Carmen Richard Philibert, Guy Richard, Marie-Paule Richard, Laurence Richard Lanthier, Jean-Guy Mayer, Pierre Demers, Josée Lavallée, Allen Ernie Benson and Mark Lavallée).

a) Le 14 août 1993, le Conseil a tenu une élection partielle pour combler trois postes vacants et les services du même cabinet de consultants ont été retenus. Tous les membres de la Bande, indépendamment de leur lieu de résidence, étaient admissibles à voter (avis public daté du 2 juin 1993, pièce «A» jointe au troisième affidavit supplémentaire de James Gabriel en date du 16 décembre 2002). Les noms de 1 104 personnes figuraient sur la liste d'électeurs et 289 électeurs ont voté (liste des membres de la Bande (âgés d'au moins 18 ans le 14 août 1993) et comparaisons entre les listes d'électeurs, pièce «G» jointe à l'affidavit de Nathalie Nepton en date du 10 décembre 2002).

b) Le 10 juin 1995, une élection générale visant à choisir le grand chef et six chefs du Conseil a eu lieu. Ces personnes devaient également occuper leur poste pour une période de trois ans et l'élection s'est apparemment déroulée conformément au projet de code adopté en principe le 20 mai 1992. L'élection a été dirigée par Coopers et Lybrand, de Montréal, et tous les membres de la Bande, [TRADUCTION] «quel que soit leur lieu de résidence» ont été invités à voter (résolution datée du 1<sup>er</sup> mai 1995, pièce «I» jointe à l'affidavit de Nathalie Nepton en date du 10 décembre 2002).

c) Le Conseil a signé la même formule de résolution en 1998 et à nouveau en 2001 relativement aux élections générales tenues le 27 juin 1998 et le 14 juillet 2001 (résolutions des 19 mai 1998 et 29 mai 2001 qui sont jointes au deuxième affidavit supplémentaire de James Gabriel, pièces «A» et «B»). Les avis d'élection officiels que le Conseil a publiés à ces deux occasions indiquent clairement que tous les membres de la Bande âgés d'au moins 18 ans le jour du vote étaient admissibles à voter (pièces «L» et «S» jointes à l'affidavit de Nathalie Nepton en date du 10 décembre 2002). Au cours de l'élection du 27 juin 1998, 603 personnes ont voté. Les résultats officiels de l'élection du 14 juillet 2001 n'ont pas été communiqués à la Cour; cependant, comme l'indique la preuve par affidavit déposée au dossier, des non-résidents ont effectivement voté au cours de cette élection (affidavits de Rita Jacobs, Helene Gareau, Gisele Mayer Masion, Carol Simon, Dorice Cardinal, Carmen Richard Philibert, Guy Richard, Marie-Paule Richard, Laurence Richard Lanthier, Jean-Guy Mayer,

Pierre Demers, Josée Lavallée, Allen Ernie Benson et Mark Lavallée).

(d) Prior to the general election of 1998, there was a by-election on July 6, 1996, for the position of grand chief. Again, non-residents voted at this by-election. As in the preceding elections, and the 1998 and 2001 elections, there were advanced and mail-in polls (Exhibit “R” to the affidavit of Nathalie Nepton, dated December 10, 2002). Four hundred and fifty-one electors voted and the applicant James Gabriel was elected with 54% of the ballots cast (official results, Kanesatake July 6, 1998 by-election, Exhibit “K” to the affidavit of Nathalie Nepton, dated December 10, 2002).

d) Avant l’élection générale de 1998, une élection partielle a été tenue le 6 juillet 1996 pour combler le poste de grand chef. Encore là, des non-résidents ont voté lors de cette élection partielle. Comme c’était le cas lors des élections précédentes ainsi qu’au cours de celles de 1998 et 2001, un vote par anticipation et un vote par correspondance ont eu lieu (pièce «R» jointe à l’affidavit de Nathalie Nepton en date du 10 décembre 2002). Lors de ces élections, 451 personnes ont voté et le demandeur James Gabriel a été élu avec 54 p. 100 des voix exprimées (résultats officiels de l’élection partielle de Kanesatake tenue le 6 juillet 1998, pièce «K» jointe à l’affidavit de Nathalie Nepton en date du 10 décembre 2002).

(e) In June 2001, the *Kanesatake Interim Land Base Governance Act* [S.C. 2001, c. 8], was adopted. Prior to the adoption of that Act, a plebiscite was held in September 2000 with respect to the ratification by the Community of the Land Governance Agreement and the Mohawks of Kanesatake Land Governance Code. All Band members 18 years of age and over, including non-residents, were entitled to vote on the ratification. Four hundred and seventy-six voters expressed their opinion (Legal opinion of the Honourable Lawrence A. Poitras, dated November 30, 2000, at page 7; Exhibit “H” to the reply affidavit of James Gabriel, dated December 12, 2002).

e) En juin 2001, la *Loi sur le gouvernement du territoire provisoire de Kanesatake* [L.C. 2001, ch. 8] a été adoptée. Avant l’adoption de cette Loi, un plébiscite a été tenu en septembre 2000 relativement à la ratification par la Communauté de l’Entente sur la régie des terres de Kanesatake et du Code d’administration des terres des Mohawks de Kanesatake. Tous les membres de la Bande âgés d’au moins 18 ans, y compris les non-résidents, ont eu le droit de voter lors de la ratification. Quatre cent soixante-seize électeurs ont exprimé leur opinion (avis juridique du juge Lawrence A. Poitras en date du 30 novembre 2000, à la page 7, pièce «H» jointe à l’affidavit de James Gabriel en date du 12 décembre 2002).

#### Subjective element

[62] On June 13, 1992, out of 1336 living Band members, 1107 could be found and were allowed to vote. Therefore, 68 votes cast in favour of the adoption “in principle” of the draft Code represent only 6% of the eligible voters at that time. Furthermore, the evidence on record does not show that proper notice or the time and purpose of the May 20, 1992 meeting were given to all Band members interested, particularly the non-residents, since their voting rights were affected by the draft Code. Moreover, there is no way of knowing who actually voted on May 20, 1992, and who was previously consulted by telephone or participated in a workshop.

#### L’élément subjectif

[62] Le 13 juin 1992, des 1336 membres vivants de la Bande, 1107 ont pu être trouvés et ont été autorisés à voter. Par conséquent, les 68 voix exprimées en faveur de l’adoption «en principe» du projet de code ne représentent que 6 p. 100 des personnes qui étaient des électeurs admissibles à l’époque. De plus, la preuve au dossier n’indique pas qu’un avis suffisant de la date et de l’objet de l’assemblée du 20 mai 1992 a été donné à tous les membres intéressés de la Bande, notamment aux non-résidents, dont les droits de vote étaient touchés par le projet de code. Par ailleurs, il n’y a aucune façon de savoir qui a effectivement voté le 20 mai 1992 et quelles



But, more importantly, the figure of participation, 85 persons, is strikingly low compared to the usual numbers counted in past elections since 1992 or in the 2000 plebiscite, and which (except for the 1993 by-election) normally varied between 400 and 750 voters who exercised their rights to vote out of some 1100 eligible voters. In view of the purported effect that the respondents want to attach to the Code which they present as a sort of “Constitution” of the Band, the participation should be significant. This is certainly not the case.

[63] Inasmuch as reliance is placed by the respondents on the fact that the draft Code was adopted “in principle” at the Community meeting held on May 20, 1992, they have failed to establish that the participation of 85 persons which resulted in 68 votes in favour, 16 against, and one abstention, constitutes a “broad consensus” sufficient in these special circumstances to consider that the Code now constitutes the custom of the Band. I realize that this finding is contrary to the preliminary conclusion reached by Tremblay-Lamer J. in *Gabriel, supra*, who declared herself “satisfied, at this stage, that there is strong evidence that [the Code] represents the custom for choice of council members, upon which there is a broad consensus” (paragraph 17). However, the evidence discussed above, which may not have been brought to the attention of Tremblay-Lamer J., convinces me that no such general conclusion can be reached where it comes to fundamental principles of exclusion of non-residents and the enforcement of the Code and Regulations’ provisions respecting the election of Election Supervisors and members of the Council of Elders.

[64] Furthermore, the evidence shows that there has been a continuous intention, publicly expressed through various resolutions and communiqués of the Council, to permit non-residents to vote and resort to independent agencies retained by Council and charged with organizing and supervising the electoral process. In none

sont les personnes qui ont précédemment été consultées par téléphone ou qui ont participé à un atelier de travail. Surtout, le nombre de participants, soit 85 personnes, est remarquablement faible comparativement aux nombres d’électeurs qui ont été recensés lors des élections précédentes tenues depuis 1992 ou lors du plébiscite de 2000 lesquels (sauf dans le cas de l’élection partielle de 1993) variaient normalement de 400 à 750 électeurs qui ont exercé leurs droits de voter parmi quelque 1 100 électeurs admissibles. Compte tenu de l’effet que les défenseurs veulent attribuer au code, qu’ils présentent comme un type de «constitution de la Bande», la participation devrait être importante, ce qui n’est certainement pas le cas.

[63] Dans la mesure où les défenseurs invoquent le fait que le projet de code a été adopté en principe à l’assemblée de la Communauté tenue le 20 mai 1992, ils n’ont pas réussi à prouver que la participation de 85 personnes, qui a donné lieu à 68 voix en faveur du projet de code en question, à 16 voix contre ce projet et à une abstention, constitue un «large consensus» suffisant dans ces circonstances spéciales pour permettre de considérer le code comme le document énonçant désormais la coutume de la Bande. Je constate que cette conclusion va à l’encontre de la conclusion préliminaire que M<sup>me</sup> le juge Tremblay-Lamer a tirée dans la décision *Gabriel*, précitée, lorsqu’elle a déclaré ce qui suit «[à] ce stade, je suis convaincue qu’il existe une preuve forte montrant que le Code représente la coutume lorsqu’il s’agit de choisir les conseillers, coutume qui fait l’objet d’un large consensus» (paragraphe 17). Cependant, la preuve commentée ci-dessus, qui n’a peut-être pas été portée à l’attention du juge Tremblay-Lamer, me convainc qu’aucune conclusion générale de cette nature ne peut être tirée lorsqu’il s’agit de principes fondamentaux comme l’exclusion de non-résidents et l’application des dispositions du code et du règlement concernant l’élection des scrutateurs et des membres du conseil des aînés.

[64] De plus, la preuve indique l’existence d’une intention constante, exprimée publiquement au moyen de différents communiqués et résolutions du Conseil, de permettre aux non-résidents de voter et de faire appel à des organismes indépendants dont le Conseil a retenu les services pour l’organisation et la surveillance du

of these elections was there any recourse to a Council of Elders or Election Supervisors. I find in this regard that the conduct of the Band members in acquiescing to these practices is sufficient evidence to satisfy the requirement that the latter were “generally acceptable to members of the Band upon which there is broad consensus”.

[65] In coming to the above conclusion, I have also considered the fact that following the 1998 election, complaints were made and concerns were expressed in the name of some 85 Band members who were not satisfied with the outcome of the election and sought to overturn it on the grounds that it was not conducted “in strict adherence with the Code” (Exhibits “F”, “G” and “H” to the affidavit of Steven Bonspille, dated December 10, 2002). I have also considered the fact that at a Community meeting held on October 19, 2002, a resolution was passed to the effect “that the rules of procedures for the election of its Mohawk Council, adopted in principle on May 20, 1992, be followed, in its entirety, without deviation or exception for any future election of Grand Chief and Council, including any future bi-election [*sic*] calling the same” (Exhibit “H” to the affidavit of James Gabriel, dated December 1, 2002). Some 60 persons attended that meeting.

[66] That being said, despite the respondents’ general assertion, which is strongly contested by the applicants, that people are not intimidated or harassed at the Community’s public meetings, I am unable to conclude that the concerns expressed by some 85 persons in 1998 and some 60 persons in 2002, demonstrate that the “broad consensus” referred to above no longer exists or that a new “broad consensus” exists such that the Band’s elections should no longer be conducted using the Code as a guideline. I also accept the applicants’ evidence that the October 19, 2002 meeting was not authorized by the applicants and that the notice was improper and insufficient to the extent that non-resident Band members were not given proper notice and thus were unable to express their views on the matter (affidavit of James Gabriel, dated December 1, 2002, paragraphs 18 and 19

processus électoral. L’intervention d’un conseil des aînés ou de scrutateurs n’a été demandée à aucune de ces élections. J’estime à cet égard que la conduite des membres de la Bande, qui ont acquiescé à ces pratiques, constitue une preuve suffisante indiquant que celles-ci étaient [TRADUCTION] «généralement acceptables pour les membres de la bande et [. . .] faisaient l’objet d’un large consensus».

[65] Pour en arriver à la conclusion susmentionnée, j’ai également tenu compte du fait qu’après l’élection de 1998, des plaintes ont été formulées et des préoccupations ont été exprimées au nom de quelque 85 membres de la Bande qui n’étaient pas satisfaits du résultat de l’élection et ont tenté de la faire invalider au motif qu’elle ne s’était pas déroulée [TRADUCTION] «d’une manière rigoureusement conforme au code» (pièces «F», «G» et «H» jointes à l’affidavit de Steven Bonspille en date du 10 décembre 2002). De plus, j’ai tenu compte du fait qu’au cours d’une assemblée de la Communauté tenue le 19 octobre 2002, une résolution a été adoptée afin que [TRADUCTION] «les règles de procédure relatives à l’élection du Conseil mohawk, adoptées en principe le 20 mai 1992, soient suivies en entier, sans dérogation ni exception lors de toute élection ultérieure du grand chef et du Conseil, y compris toute élection partielle connexe» (pièce «H» jointe à l’affidavit de James Gabriel en date du 1<sup>er</sup> décembre 2002). Environ 60 personnes ont assisté à cette assemblée.

[66] Cela étant dit, malgré l’affirmation générale des défendeurs, que les demandeurs contestent vivement et selon laquelle il n’y a pas d’intimidation ou de harcèlement au cours des assemblées publiques de la Communauté, je ne puis conclure que les préoccupations exprimées par quelque 85 personnes en 1998 et quelque 60 personnes en 2002 indiquent que le «large consensus» mentionné ci-dessus n’existe plus ou qu’il existe un nouveau «large consensus» tel que les élections de la Bande ne devraient plus se dérouler conformément au code. J’accepte également la preuve des demandeurs selon laquelle ceux-ci n’ont pas autorisé la tenue de l’assemblée du 19 octobre 2002 et selon laquelle l’avis s’y rapportant était insuffisant, dans la mesure où les membres non-résidents de la Bande n’ont pas été informés en bonne et due forme et n’ont pu, par

and Exhibit “G” to said affidavit).

### Conclusion

[67] In view of the above evidence, which I find conclusive, I have no hesitation in concluding that the strict enforcement, either by Council, its Executive Director or other electoral officers, of the residency requirements mentioned in Article 2 of the Code would be contrary to the custom of the Band. Inasmuch as the Code has not been strictly enforced, the strict enforcement of the provisions of the Regulations which provide for the election of Election Supervisors and a Council of Elders would also be contrary to the custom of the Band since 1992.

## V OTHER LEGAL OBSTACLES

[68] Besides the absence of a broad consensus, there are other legal obstacles that prevent the Court from accepting the respondents’ submissions that the provisions of the Code and the Regulations with respect to residency requirements and the election of Election Supervisors and a Council of Elders are legally binding and should be strictly enforced.

[69] First, the Code to which the impugned decision refers (Exhibit “D” to the affidavit of James Gabriel, dated December 1, 2002) is not the draft Code that was approved “in principle” at the Community meeting held on May 20, 1992 (Exhibit “A” to the affidavit of Andrew Hayes) but a modified version which seems to have been prepared for the June 10, 1995 election in view of the “explanation” provided, which mentions that the latter “will be conducted by Coopers and Lybrand of Montréal, Quebec”. It is apparent from a comparison of the two documents that the authors of the 1995 version substantially amended the 1992 version. The 1995 version incorporates some of the changes suggested by some of the participants at the consultative process. However, it is not necessary to enter into a comparative

conséquent, exprimer leurs points de vue sur la question (affidavit de James Gabriel en date du 1<sup>er</sup> décembre 2002, aux paragraphes 18 et 19, et pièce «G» jointe audit affidavit).

### Conclusion

[67] Compte tenu de la preuve décrite ci-dessus, qui m’apparaît convaincante, je n’hésite nullement à conclure que l’application à la lettre, que ce soit par le Conseil, son directeur général ou d’autres membres du personnel électoral, des exigences relatives à la résidence qui sont mentionnées à l’article 2 du code irait à l’encontre de la coutume de la Bande. Dans la mesure où le code n’a pas été appliqué à la lettre, l’application rigoureuse des dispositions du règlement qui prévoient l’élection de scrutateurs et d’un conseil des aînés irait également à l’encontre de la coutume de la Bande depuis 1992.

## V AUTRES OBSTACLES JURIDIQUES

[68] En plus de l’absence d’un large consensus, il existe d’autres obstacles juridiques qui empêchent la Cour d’accepter les arguments des défendeurs selon lesquels les dispositions du code et du règlement concernant les exigences relatives à la résidence et l’élection de scrutateurs et d’un conseil des aînés sont légalement exécutoires et devraient être rigoureusement observées.

[69] D’abord, le code visé par la décision attaquée (pièce «D» jointe à l’affidavit de James Gabriel en date du 1<sup>er</sup> décembre 2002) ne correspond pas au projet de code qui a été approuvé «en principe» à l’assemblée de la Communauté tenue le 20 mai 1992 (pièce «A» jointe à l’affidavit d’Andrew Hayes), mais plutôt à une version modifiée qui semble avoir été préparée pour l’élection du 10 juin 1995, compte tenu de l’«explication» fournie, dans laquelle il est précisé que cette dernière élection [TRADUCTION] «sera dirigée par Coopers et Lybrand de Montréal (Québec)». Une comparaison entre les deux documents indique clairement que les auteurs de la version de 1995 ont modifié en profondeur le texte de 1992. La version de 1995 intègre une partie des changements proposés par quelques-unes des personnes

analysis as no final version of the draft Code has ever been presented for ratification to the Community members despite the fact that this was clearly required by resolution passed on May 20, 1992.

[70] The fact that no definite character can be attributed to what is presented as the “current version” of the Code is further evidenced by the communiqué issued by the Council in May 1998 in anticipation of the general election of June 27, 1998. It reads as follows:

KANESATAKE, May 29, 1998. The Mohawk Council of Kanesatake would like to advise all Kanesatake Band members that a draft Election Code, which is still a discussion paper, is presently being circulated within the Community.

The circulation of this document within the Community is only causing confusion and unwarranted concern.

On the first page of the draft it is clearly marked “draft” and it has not been discussed by the Mohawk Council of Kanesatake nor has it been ratified by the Community.

Therefore, if anyone has any questions about the forthcoming election, please do not hesitate to contact the Election Consultants office of DAYE AND VINCENT at 479-8256 and clarify any misunderstandings.

Nia wen

THE MOHAWK COUNCIL OF KANESATAKE

(Communique, Draft Election Code, Exhibit “C” to the affidavit of Andrew Hayes.)

[71] Second, the Regulations to which Article 9 of the Code refers can be legally binding only once the Code itself has been ratified. Furthermore, it is also not clear from the evidence on record whether the Council has adopted the Regulations, as it appears their application was suspended in 1992 (Council Resolution, dated May 26, 1992, Exhibit “A” to the affidavit of James Gabriel, dated December 15, 2002).

qui ont participé au processus de consultation. Toutefois, il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse comparative, parce qu’aucune version finale du projet de code n’a été présentée à des fins de ratification aux membres de la Communauté malgré le fait que cette présentation était exigée en vertu d’une résolution adoptée le 20 mai 1992.

[70] Le fait qu’aucun caractère définitif ne peut être attribué au document qui est présenté comme la «version courante» du code est attesté par le communiqué que le Conseil a publié en mai 1998 en prévision de l’élection générale du 27 juin 1998. Voici le texte de ce communiqué:

[TRADUCTION] KANESATAKE, 29 mai 1998. Le Conseil mohawk de Kanesatake aimerait aviser tous les membres de la Bande indienne de Kanesatake qu’un projet de code électoral, qui constitue encore un document de travail, est actuellement distribué au sein de la Communauté.

La distribution de ce document au sein de la Communauté ne fait que causer de la confusion et des préoccupations injustifiées.

Ce document, dont la première page comporte la mention «projet» en toutes lettres, n’a pas été examiné par le Conseil mohawk de Kanesatake ni n’a été ratifié par la Communauté.

En conséquence, si vous avez des questions au sujet de la prochaine élection, n’hésitez pas à communiquer avec le bureau de consultants DAYE ET VINCENT, au 479-8256, afin de clarifier tout malentendu.

Nia wen

LE CONSEIL MOHAWK DE KANESATAKE

(Communiqué concernant le projet de code électoral, pièce C jointe à l’affidavit d’Andrew Hayes.)

[71] En deuxième lieu, le règlement auquel l’article 9 du code renvoie ne peut être légalement exécutoire que si le code lui-même a été ratifié. Or, la preuve n’indique pas clairement non plus si le Conseil a adopté le règlement, puisqu’il semble que l’application de celui-ci a été suspendue en 1992 (résolution du Conseil en date du 26 mai 1992, pièce «A» jointe à l’affidavit de James Gabriel en date du 15 décembre 2002).

## VI RULES OF NATURAL JUSTICE

[72] Fair play and impartiality are vital to the democratic process the Band members chose to adopt in 1991 when they opted for an elective system. The systematic recourse by Council in past elections to independent agencies ensured that all electors (residents and non-residents) and candidates were not discriminated against and were treated fairly. This practice of appointing such agencies and of allowing non-resident Band members to vote must therefore be considered as part of the custom of the Band which implicitly incorporates the respect of the rules of natural justice and associated principles.

[73] I have also considered the parties' evidence with respect to the meeting that took place on December 4, 2002, to elect Election Supervisors and the Council of Elders. Some 30 persons attended that meeting and their names have been provided to the applicants. I find that notice of said meeting, as well as the December 6, 2002 communiqué that a nomination meeting would take place on December 19, 2002, were not sent to non-resident Band members. The Election Supervisors are Sonya Gagnier, Sheila Bonspille, Clifton Nicolas, Jonathan Peltier and Janet Nicolas. The members of the Council of Elders are Noreen Cree, Shawhanatsi Montour, Charlotte Beaver, Paul Bonspille and Lloyd Figie. It is admitted that the election of Election Supervisors and members of the Council of Elders were not elected by secret ballot. I accept the applicants' evidence that most of the persons who attended the meeting are clearly opposed to the applicants and also that Election Supervisors and members of the Council of Elders, in view of their past conduct, their family links or because they are parties or related to parties named in contempt proceedings or other proceedings before the Court (reply affidavit of James Gabriel, dated December 12, 2002, paragraph 10 and Exhibits "A", "B", "C" and "D" to said affidavit), are openly biased, or at least that a reasonable apprehension of bias exists here. I also note that none of these Election Supervisors have any expertise in conducting an election.

## VI RÈGLES DE JUSTICE NATURELLE

[72] L'équité et l'impartialité constituent des caractéristiques vitales du processus démocratique que les membres de la Bande ont choisi d'adopter en 1991, lorsqu'ils ont opté pour un système électoral. Le recours systématique par le Conseil à des organismes indépendants au cours des élections antérieures permettait de veiller à ce que tous les électeurs (résidents et non-résidents) et les candidats soient traités équitablement et sans discrimination. Cette pratique, qui consistait à désigner des organismes de cette nature et à permettre aux membres non-résidents de voter, doit donc être considérée comme une partie de la coutume de la Bande qui intègre implicitement le respect des règles de justice naturelle et des principes connexes.

[73] J'ai également examiné la preuve des parties au sujet de l'assemblée qui a eu lieu le 4 décembre 2002 relativement à l'élection des scrutateurs et du conseil des aînés. Environ 30 personnes ont assisté à cette assemblée et leurs noms ont été communiqués aux demandeurs. Je constate que la convocation à ladite assemblée ainsi que le communiqué en date du 6 décembre 2002 concernant la tenue d'une assemblée de mise en candidature le 19 décembre 2002 n'ont pas été envoyés aux membres non-résidents de la Bande. Les scrutateurs sont Sonya Gagnier, Sheila Bonspille, Clifton Nicolas, Jonathan Peltier et Janet Nicolas. Les membres du conseil des aînés sont Noreen Cree, Shawhanatsi Montour, Charlotte Beaver, Paul Bonspille et Lloyd Figie. Il est admis que les scrutateurs et les membres du conseil des aînés n'ont pas été élus dans le cadre d'un scrutin secret. J'accepte la preuve des demandeurs selon laquelle la plupart des personnes qui ont assisté à l'assemblée sont manifestement opposées à eux et que les scrutateurs ainsi que les membres du conseil des aînés sont manifestement partiaux ou que, à tout le moins, une crainte raisonnable de partialité existe à leur sujet, compte tenu de leur conduite antérieure, de leurs liens familiaux ou du fait qu'ils sont des parties désignées dans une requête pour outrage au tribunal ou d'autres procédures engagées devant la Cour ou sont liées à ces parties (paragraphe 10 de l'affidavit de réponse de James Gabriel en date du 12 décembre 2002 et pièces «A», «B», «C» et «D» jointes audit affidavit). Je souligne de plus qu'aucun de ces scrutateurs ne possède de compétences spécialisées quant à la façon de diriger une élection.

## VII THE CHARTER ARGUMENT

[74] In view of the general conclusion that an election in strict compliance with the Code would be contrary to the custom of the Band, it is not necessary that I decide whether the exclusion of non-resident Band members from voting is contrary to section 15 of the Charter. Without expressing any final opinion on this subject, I will limit myself to a few observations.

[75] In *Crow v. Blood Indian Band Council*, [1997] 3 C.N.L.R. 76 (F.C.T.D.), the Court was asked to decide whether the Charter applied to customary band election procedures. Heald D.J. avoided having to answer the question and stated as follows at paragraph 21 of his reasons:

This is a complex matter which involves, *inter alia*, the application of s. 32 of the Charter as well as the interpretation and possible application of s. 25 of the Charter. However, given the conclusion that I have reached with respect to the infringement of the plaintiff's Charter rights in this case, it is unnecessary for me to reach a conclusion on this issue. Accordingly, for the purposes of the ensuing discussion, I have assumed, without deciding, that the Charter does apply to the Band's Custom Election Bylaw.

[76] In *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, the Court invalidated, as inconsistent with section 15 of the Charter, subsection 77(1) of the Act, which excluded off-reserve members of an Indian band from the right to vote in band council elections. The remaining question is whether the Court's finding also applies to custom band elections.

[77] Recent indications in the jurisprudence of the Federal Court of Canada show a certain inclination towards the applicability of the Supreme Court's decision in *Corbiere*, *supra*, to custom band elections: *Gros-Louis v. Huronne-Wendat Nation Council*, [2000] F.C.J. No. 1529 (T.D.) (QL), Pinard J., at paragraph 4; *Hall v. Dakota Tipi Indian Band*, [2000] 4 C.N.L.R. 108 (F.C.T.D.) Pelletier J. (as he then was), at paragraph 2;

## VII L'ARGUMENT FONDÉ SUR LA CHARTE

[74] Compte tenu de la conclusion générale selon laquelle une élection rigoureusement conforme au code irait à l'encontre de la coutume de la Bande, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la question de savoir si le déni du droit de vote à l'endroit des membres non-résidents de celle-ci contrevient à l'article 15 de la Charte. Sans exprimer d'avis définitif sur cette question, je formulerai néanmoins quelques observations.

[75] Dans *Crow c. Conseil de la bande indienne des Blood*, [1997] 3 C.N.L.R. 76 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), la Cour devait décider si la Charte s'appliquait aux procédures électorales de la bande fondées sur la coutume. Le juge suppléant Heald a évité de répondre à la question et s'est exprimé comme suit au paragraphe 21 de ses motifs:

Il s'agit là d'une question complexe qui concerne notamment l'application de l'article 32, et l'interprétation et l'application possible de l'article 25 de la Charte. Étant donné cependant la conclusion que j'ai tirée au sujet de la supposée violation en l'espèce des droits que la Charte garantit au demandeur, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur ce point. Je poserai donc pour hypothèse de travail en vue de l'analyse *infra* que le règlement électoral coutumier est en fait subordonné à la Charte.

[76] Dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, la Cour a invalidé le paragraphe 77(1) de la Loi, qui avait pour effet de retirer aux membres d'une bande indienne vivant en dehors des réserves le droit de voter aux élections du conseil de bande, au motif que cette disposition était incompatible avec l'article 15 de la Charte. La question qui reste est de savoir si la conclusion de la Cour s'applique également aux élections d'une bande régie par sa coutume.

[77] Les récentes décisions de la Cour fédérale du Canada indiquent un certain penchant vers l'applicabilité du jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans l'affaire *Corbiere*, précitée, aux élections d'une bande régie par sa coutume: *Gros-Louis c. Conseil de la Nation Huronne-Wendat*, [2000] A.C.F. n° 1529 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), décision du juge Pinard, au paragraphe 4; *Hall c. Bande indienne Dakota Tipi*, [2000] 4 C.N.L.R.

and *Gabriel, supra*, Tremblay-Lamer J., at paragraphs 13-14. However, in none of these decisions did the Court engage in any kind of extensive analysis of the “complex” legal issues involved in determining whether *Corbiere, supra*, also applied to custom band elections. I think this question is still open to debate and the indications already given by the Court are by no means definite.

[78] That being said, I note that this case is not about whether or not the Mohawks of Kanésatake have the “right to control their election process” but it is essentially a dispute between two Mohawk factions as to what the applicable process should be in this particular instance. Furthermore, the “custom” the parties are referring to, is a “contemporary” custom of approximately ten years, and is therefore to be distinguished from the “ancestral customs or practices” referred to in cases such as *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. In that context, the present case does not allow for the “aboriginal right to self-government” argument that the respondents are raising in their memorandum. I will also add that such complex issues require extensive and historical oral evidence, and that, in any event, the scarce and general allegations made in the affidavits submitted by the respondents do not satisfy this requirement and do not allow the Court to make any finding under section 25 of the Charter or section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

## VIII CONCLUSION

[79] For the above reasons, I have decided to allow in part the present judicial review application. An order setting aside the impugned decision and granting relief is issued accordingly. This will leave two unsettled issues.

[80] First, at the present time, I find it advisable to allow the Council’s members some time to choose a new

108 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), décision du juge Pelletier (alors juge de la Section de première instance de la Cour fédérale) au paragraphe 2, et *Gabriel, précitée*, décision du juge Tremblay-Lamer, aux paragraphes 13 et 14. Toutefois, dans ces décisions, la Cour n’a fait aucune analyse fouillée des aspects juridiques «complexes» liés à la question de savoir si l’arrêt *Corbiere* s’appliquait également aux élections d’une bande régie par sa coutume. À mon avis, cette question reste encore à trancher et les indications que la Cour a déjà données sont loin d’être définitives.

[78] Cela étant dit, je souligne que la présente affaire ne concerne pas la question de savoir si les Mohawks de Kanésatake ont le [TRADUCTION] «droit de contrôler leur processus électoral», mais qu’elle porte essentiellement sur un différend entre deux factions mohawks au sujet du processus qui devrait s’appliquer dans le cas sous étude. De plus, la «coutume» à laquelle les parties font allusion est une coutume «contemporaine» qui remonte à environ dix ans et doit donc être distinguée des coutumes et pratiques ancestrales dont il est question dans des jugements comme *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Dans ce contexte, la présente affaire ne permet pas d’invoquer le droit à l’autonomie gouvernementale des Autochtones que les défendeurs soulèvent dans leur mémoire. J’ajouterai que des questions aussi complexes nécessitent la présentation d’une preuve verbale détaillée, notamment au plan historique, et que, en tout état de cause, les quelques allégations générales formulées dans les affidavits que les défendeurs ont déposés ne satisfont pas à cette exigence et ne permettent pas à la Cour de tirer une conclusion fondée sur l’article 25 de la Charte ou l’article 35 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]].

## VIII CONCLUSION

[79] Pour les motifs exposés ci-dessus, j’ai décidé d’accueillir en partie la présente demande de contrôle judiciaire. Une ordonnance annulant la décision attaquée et accordant différentes réparations est rendue en conséquence. Deux questions demeurent non réglées.

[80] D’abord, à l’heure actuelle, il m’apparaît souhaitable de donner aux membres du Conseil un peu

election date and agree on an independent agency which will oversee and direct the vote in accordance with the custom of the Band. Therefore, I will not dispose today of the applicants' present request for mandatory injunction or *mandamus*. However, I will retain jurisdiction to consider said request (or any amended request for an alternate order) and to issue any further order in the event Council members are unable to agree on a new election date or on the choice of an independent agency.

[81] Second, I am also disposed to award costs in favour of the applicants against the respondents, save and except, the Attorney General of Canada, whose status is that of a "mis-en-cause", as already indicated. At the hearing, the applicants' counsel asked that their application be allowed, leave be granted to submit written representations on the opportunity of issuing an order directing Council to pay the costs of the applicants on the same basis and according to the same terms followed by Council to pay its solicitors to defend these proceedings, or alternatively, on a solicitor and client basis. Accordingly, the parties are directed to serve and file their written representations on the amount of costs and other related issues within the period mentioned in the accompanying order.

#### ORDER

It is ordered that the decision of the Council of November 26, 2002, calling for a special election to be held on January 4, 2003, "in accordance with the Electoral Code of Kanesatake", and for a nomination meeting to be held on December 19, 2002, be set aside as being contrary to the custom of the Band;

It is declared that the election of Election Supervisors and members of the Council of Elders at the meeting of the Community held on December 4, 2002, has no effect and is illegal, as said meeting was not authorized by the Council and was held without proper notice and that the

de temps pour fixer une nouvelle date d'élection et s'entendre sur le choix d'un organisme indépendant qui surveillera et dirigera la tenue du vote conformément à la coutume de la Bande. En conséquence, je ne trancherai pas aujourd'hui la demande de *mandamus* ou d'ordonnance de faire des demandeurs. Toutefois, je conserverai la compétence nécessaire pour examiner cette demande (ou toute demande modifiée visant à obtenir une ordonnance subsidiaire) et pour rendre toute autre ordonnance si les membres du Conseil sont incapables de s'entendre sur une nouvelle date d'élection ou sur le choix d'un organisme indépendant.

[81] En second lieu, je suis également disposé à accorder les dépens aux demandeurs et à condamner les défendeurs à en payer le montant, sauf dans le cas du procureur général du Canada, dont le statut est celui de «mis en cause», tel qu'il est mentionné plus haut. Au cours de l'audience, l'avocat des demandeurs a demandé à la Cour de faire droit à la demande ses clients et d'autoriser ceux-ci à déposer des observations écrites au sujet de la possibilité de rendre une ordonnance enjoignant au Conseil de payer leurs dépens sur la même base et selon les mêmes conditions que le Conseil applique pour payer ses avocats en l'espèce ou, subsidiairement, sur une base procureur-client. En conséquence, les parties doivent signifier et déposer leurs observations écrites au sujet du montant des dépens et d'autres questions connexes dans le délai mentionné dans l'ordonnance ci-jointe.

#### ORDONNANCE

La Cour ordonne que la décision en date du 26 novembre 2002 par laquelle le Conseil a convoqué la tenue d'une élection spéciale devant avoir lieu le 4 janvier 2003 conformément au code électoral de Kanesatake ainsi que d'une assemblée de mise en candidature devant avoir lieu le 19 décembre 2002 soit annulée, au motif que cette décision va à l'encontre de la coutume de la Bande;

La Cour déclare que l'élection des scrutateurs et des membres du conseil des aînés à l'assemblée de la Communauté tenue le 4 décembre 2002 est nulle et illégale, parce que ladite assemblée n'a pas été autorisée par le Conseil et a été tenue sans avoir été précédée d'un



persons elected at that meeting to fill the positions of Election Supervisors and members of the Council of Elders, and who are likely to be biased, were not lawfully elected to those positions;

It is further declared that an election or by-election conducted in strict compliance with the provisions of the Code and Regulations respecting the residency requirements and the election of Election Supervisors and a Council of Elders would be contrary to the custom of the Band;

It is further ordered that until such time as the Code reflects the custom of the Band, any future elections and by-elections for positions on the Council must be open to all registered Band members aged 18 years and over, the latter being entitled to vote regardless of their residency, and be conducted:

- (a) by an independent agency retained by the Council to oversee and direct the vote all in accordance with the custom of the Band and procedures followed in elections conducted in accordance with the Code since 1992; and
- (b) without involvement or participation of Election Supervisors or of a Council of Elders;

It is further ordered that the applicants' request for a mandatory injunction or *mandamus* requiring a by-election to be held within 60 days following the Court's final order to fill the vacant position of chief on the Council be held in abeyance and that the Court retains jurisdiction to dispose of said request (or any amended request for an alternate order) and to issue any further order in the event Council members are unable to agree on a new election date or on the choice of an independent agency;

It is further ordered that costs be awarded in favour of the applicants against the respondents, save and except the Attorney General of Canada, and that the parties serve and file their written representations on the amount of costs and other related issues within 10 days of the present order.

avis suffisant et que les personnes qui ont été élues à cette assemblée pour combler les postes de scrutateurs et de membres du conseil des aînés et qui sont probablement partiales n'ont pas été légalement élues à ces postes;

La Cour déclare également qu'une élection générale ou partielle tenue d'une manière rigoureusement conforme aux dispositions du code et du règlement concernant les exigences en matière de résidence et l'élection de scrutateurs et d'un conseil des aînés iraient à l'encontre de la coutume de la Bande;

La Cour déclare également que, jusqu'à ce que le code traduise la coutume de la Bande, toutes les autres élections générales ou partielles relatives aux postes à combler au sein du Conseil doivent être ouvertes à tous les membres inscrits de la Bande qui sont âgés d'au moins 18 ans, quel que soit leur lieu de résidence, et doivent être dirigées:

- a) par un organisme indépendant dont le Conseil retiendra les services et qui sera chargé de surveiller et de diriger l'élection conformément à la coutume de la Bande et aux procédures suivies lors des élections tenues conformément au code depuis 1992;
- b) sans la participation de scrutateurs ou d'un conseil des aînés;

La Cour ordonne également que la demande des demandeurs en vue d'obtenir une ordonnance de faire ou de *mandamus* exigeant la tenue d'une élection partielle dans les 60 jours suivant l'ordonnance finale de la Cour pour combler le poste vacant de chef au sein du Conseil soit mise en suspens et que la Cour conserve la compétence nécessaire pour trancher ladite demande (ou toute demande modifiée visant à obtenir une ordonnance subsidiaire) et pour rendre toute autre ordonnance si les membres du Conseil sont incapables de s'entendre sur une nouvelle date d'élection ou sur le choix d'un organisme indépendant;

La Cour ordonne également aux défendeurs, sauf le procureur général du Canada, de payer les dépens des demandeurs et aux parties de signifier et déposer leurs observations écrites au sujet du montant des dépens et d'autres questions connexes dans les dix jours suivant la présente ordonnance.