

**Chief Sheldon Taypotat, Michael Bob,
Janice McKay, Iris Taypotat and
Vera Wasacase as Chief and Council
Representatives of the Kahkewistahaw
First Nation** *Appellants*

v.

Louis Taypotat *Respondent*

**INDEXED AS: KAHKEWISTAHAW FIRST NATION
v. TAYPOTAT**

2015 SCC 30

File No.: 35518.

2014: October 9; 2015: May 28.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF AP-
PEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Elections — Eligibility requirements — Kahkewistahaw Election Act requires that candidates for Chief or Band Councillor have Grade 12 education — Whether education requirement violates s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Kahkewistahaw Election Act, s. 9.03(c).

In the 1996 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, education was identified as a top priority for promoting collective and individual well-being in Aboriginal communities, and for helping those communities prepare to assume the complete range of responsibilities associated with self-government. In response to these goals — promoting good governance and encouraging education — the Kahkewistahaw First Nation in Saskatchewan spent 13 years developing an Election Code which included a Grade 12 education requirement for candidates who wished to be Chief or a Band Councillor. Louis Taypotat, who had been Chief for most of the previous three decades, was 76 years old and had a Grade 10 education. Despite the fact that he was Chief for much of the consultation process that led to the development of the new Election Code, he challenged the process, his disqualification and the constitutionality of the Grade 12 requirement. Only the constitutional issue is before this Court. His argument was that the Grade 12

**Chef Sheldon Taypotat, Michael Bob,
Janice McKay, Iris Taypotat et Vera Wasacase
en tant que chef et représentants
du conseil de la Première Nation de
Kahkewistahaw** *Appellants*

c.

Louis Taypotat *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DE
KAHKEWISTAHAW c. TAYPOTAT**

2015 CSC 30

N° du greffe : 35518.

2014 : 9 octobre; 2015 : 28 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Élections — Conditions d'éligibilité — Exigence de la Kahkewistahaw Election Act selon laquelle les candidats au poste de chef et à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année — L'exigence en matière d'éducation viole-t-elle l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Kahkewistahaw Election Act, art. 9.03(c).

Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l'éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l'éventail complet des responsabilités liées à l'autonomie gouvernementale. En réponse à ces objectifs — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l'éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme condition d'éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année. Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, était âgé de 76 ans et possédait une 10^e année. Malgré le fait qu'il avait été chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l'élaboration du nouveau code électoral, M. Taypotat a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la

educational requirement violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because “educational attainment is analogous to race and age” for the purposes of s. 15(1). In the Federal Court, de Montigny J. dismissed the application. The Federal Court of Appeal allowed the appeal. The grounds on which it based its decision, age and residence on a reserve, were not pleaded.

Held: The appeal should be allowed and the decision of de Montigny J. restored.

The approach to s. 15 was most recently set out in *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 319-47. It requires a flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant because of his or her membership in an enumerated or analogous group. It is an approach which recognizes that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society and seeks to prevent conduct that perpetuates those disadvantages. The focus of s. 15 is on laws that draw *discriminatory* distinctions — that is, distinctions that have the effect of perpetuating arbitrary disadvantage based on an individual’s membership in an enumerated or analogous group. The s. 15(1) analysis is accordingly concerned with substantive equality.

The first part of the s. 15 analysis asks whether a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. The second part of the analysis focuses on arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned law fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage.

To establish a *prima facie* violation of s. 15(1), the claimant must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group. At the second stage of the analysis, the specific evidence required will vary depending on the context of the claim.

While facially neutral qualifications like education requirements may well be a proxy for, or mask, a discriminatory impact, this case falls on the absence of any evidence linking the requirement to a disparate impact on

constitutionnalité de l’exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12^e année. Seule la question constitutionnelle reste à trancher par la Cour. Selon les prétentions de M. Taypotat, le fait d’exiger un niveau de scolarité de 12^e année violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, parce que « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l’âge » pour l’application du par. 15(1). En Cour fédérale, le juge de Montigny a rejeté la demande. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel. Les motifs sur lesquels cette dernière a fondé sa décision, soit l’âge et le fait de résider dans une réserve, n’ont pas été plaidés.

Arrêt : L’appel est accueilli et la décision du juge de Montigny est rétablie.

L’approche relative à l’art. 15 a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Elle exige une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. L’article 15 vise les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c’est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard d’une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. L’analyse fondée sur le par. 15(1) porte donc sur l’égalité réelle.

Le premier volet de l’analyse fondée sur l’art. 15 consiste donc à se demander si une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage dont ils sont victimes.

Pour établir qu’il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l’analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande.

Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire dépend du fait qu’il n’existe pas le moindre

members of an enumerated or analogous group. There is virtually no evidence about the relationship between age, residency on a reserve, and education levels in the Kahkewistahaw First Nation. Nor is there any evidence about the effect of the education provisions on older community members, on community members who live on a reserve, or on individuals who belong to both of these groups. Most significantly, the record is silent about the education levels of members of the Kahkewistahaw First Nation who live on a reserve.

Statistical evidence is not always required to establish that a facially neutral law infringes s. 15. In some cases, the disparate impact on an enumerated or analogous group will be apparent and immediate. The evidence in this case, however, does not point to any such link between the education requirement and a disparate impact on the basis of an enumerated or analogous ground. While the evidentiary burden need not be onerous, the evidence must amount to more than a web of instinct. Accordingly, the education provisions in the *Kahkewistahaw Election Act* do not represent a *prima facie* violation of s. 15.

Cases Cited

Applied: *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; **referred to:** *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), Title VII.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Kahkewistahaw Election Act [en. pursuant to the *Order Amending the Indian Bands Council Elections Order (Kahkewistahaw)*, SOR/2011-49], ss. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).

élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu'elle aurait sur les membres d'un groupe énuméré ou analogue. Nous ne disposons pratiquement d'aucun élément de preuve quant aux rapports entre l'âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kahkewistahaw. Nous ne disposons non plus d'aucun élément de preuve au sujet de l'effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve.

Il n'est pas toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu'une loi, neutre à première vue, contrevient à l'art. 15. Dans certains cas, l'impact distinct d'une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l'espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l'exigence en matière d'éducation et un impact distinct sur la base d'un motif énuméré ou analogue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions. En conséquence, les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ne constituent pas à première vue une violation des droits garantis par l'art. 15.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; **arrêts mentionnés :** *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Griggs c. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971); *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964), titre VII.
Kahkewistahaw Election Act [éd. en vertu de l'Arrêté modifiant l'Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes (*Kahkewistahaw*)], DORS/2011-49], art. 9.03(c), 9.04, 9.05, 10.01(d).
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.

Authors Cited

- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Canada. Statistics Canada. *Educational Portrait of Canada, 2006 Census*. Ottawa: Minister of Industry, 2008.
- Richards, John. *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps*. C.D. Howe Institute Backgrounder 116 (online: <https://www.cdhowe.org/>), 2008.
- Smith, Lynn, and William Black. “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Mainville and Near J.J.A.), 2013 FCA 192, 447 N.R. 352, 365 D.L.R. (4th) 485, [2014] 1 C.N.L.R. 375, [2013] F.C.J. No. 938 (QL), 2013 CarswellNat 3091 (WL Can.), setting aside a decision of de Montigny J., 2012 FC 1036, 417 F.T.R. 160, 268 C.R.R. (2d) 77, [2013] 1 C.N.L.R. 349, [2012] F.C.J. No. 1125 (QL), 2012 CarswellNat 3389 (WL Can.). Appeal allowed.

Eugene Meehan, Q.C., Marie-France Major, James D. Jodouin and Marcus R. Davies, for the appellants.

Mervin C. Phillips and Leane Phillips, for the respondent.

The judgment of the court was delivered by

[1] ABELLA J. — In the 1996 Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, education was identified as a top priority for promoting collective and individual well-being in Aboriginal communities, and for helping those communities prepare to assume the complete range of responsibilities associated with self-government:

In our public hearings, Aboriginal parents, elders, youth and leaders came forward to tell us of the vital importance of education in achieving their vision of a prosperous future. Education is seen as the vehicle for both enhancing the life of the individual and reaching collective goals.

Doctrine et autres documents cités

- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, la Commission, 1996.
- Canada. Statistique Canada. *Portrait de la scolarité au Canada, Recensement de 2006*, Ottawa, ministre de l'Industrie, 2008.
- Richards, John. *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps*, C.D. Howe Institute Backgrounder 116 (online: <https://www.cdhowe.org/>), 2008.
- Smith, Lynn, and William Black. « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Mainville et Near), 2013 CAF 192, 447 N.R. 352, 365 D.L.R. (4th) 485, [2014] 1 C.N.L.R. 375, [2013] F.C.J. No. 938 (QL), 2013 CarswellNat 3091 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge de Montigny, 2012 CF 1036, 417 F.T.R. 160, 268 C.R.R. (2d) 77, [2013] 1 C.N.L.R. 349, [2012] A.C.F. n° 1125 (QL), 2012 CarswellNat 4918 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Eugene Meehan, c.r., Marie-France Major, James D. Jodouin et Marcus R. Davies, pour les appelants.

Mervin C. Phillips et Leane Phillips, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Le Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones publié en 1996 qualifiait de priorité absolue le rôle que l'éducation est appelée à jouer pour promouvoir le bien-être tant individuel que collectif des communautés autochtones et pour les préparer à assumer l'éventail complet des responsabilités liées à l'auto-nomie gouvernementale :

Aux audiences de la Commission, des parents, des anciens, des jeunes et des dirigeants autochtones nous ont dit que l'éducation était la clé de leur avenir, l'élément qui leur permettrait de réaliser leur rêve de prospérité. Ils voient dans l'éducation le moyen d'enrichir la vie des individus et de réaliser les objectifs collectifs.

Over the past two decades, as the determination to re-establish self-governing nations has gathered momentum, Aboriginal people have repeatedly stressed the importance of building their capacity to operate contemporary self-governing structures. . . .

. . . Education is essential to hone the talents needed to assume the responsibilities of the present and future

(Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 3, Gathering Strength (1996), at pp. 433 and 540-41)

[2] In response to these aspirational goals — promoting good governance and encouraging education — the Kahkewistahaw First Nation in Saskatchewan spent 13 years developing an Election Code which included a Grade 12 requirement for candidates who wished to be Chief or a Band Councillor. This had the effect of preventing Louis Taypotat, who had been Chief for most of the previous three decades, from running again for office. Despite the fact that he was Chief for much of the consultation process that led to the development of the new Election Code, he challenged the process, his disqualification and the constitutionality of the Grade 12 requirement. The only remaining issue in this appeal is the constitutional challenge.

Background

[3] The Department of Indian Affairs and Northern Development has an established process by which First Nations communities who have been subject to the election provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, can elect their leaders under their own Election Codes. Before the Minister authorizes a community to take this step, the community has to prepare a written election code which meets certain minimum requirements, including compliance with the *Canadian Charter of Rights*

Au cours des 20 dernières années, la volonté de rétablir des nations autonomes s'est affirmée et les autochtones ont constamment répété combien il était important de leur donner les moyens d'assurer le fonctionnement de structures autonomes contemporaines. . . .

. . . il est indispensable de développer les talents dont on a besoin pour assumer les responsabilités d'aujourd'hui et de demain

(Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 3, Vers un ressourcement (1996), p. 489 et 613-615)

[2] En réponse à ces objectifs ambitieux — promouvoir la bonne gouvernance et encourager l'éducation —, la Première Nation de Kahkewistahaw de la Saskatchewan a consacré 13 années à élaborer un code électoral qui prévoit notamment comme conditions d'éligibilité que les candidats au poste de chef ou à un poste de conseiller de la bande doivent avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année. Cette exigence a eu pour effet d'empêcher Louis Taypotat, qui avait été chef pendant près de trois décennies, de briguer de nouveau ce poste. Malgré le fait que M. Taypotat était chef pendant une grande partie des consultations ayant mené à l'élaboration du nouveau code électoral, il a contesté le processus de consultation, son inéligibilité, ainsi que la constitutionnalité de l'exigence relative au niveau de scolarité minimum de 12^e année. La seule question qu'il reste à trancher en l'espèce est celle de la constitutionnalité.

Contexte

[3] Le Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a établi un processus suivant lequel les Premières Nations qui sont assujetties aux dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, peuvent élire leurs représentants conformément à leur propre code électoral. Avant que le ministre ne l'autorise à entreprendre cette démarche, une collectivité doit rédiger un code électoral qui satisfait à certaines exigences minimales, notamment celle d'être conforme à la *Charte canadienne*

and Freedoms. A majority of the voting members of the First Nation must be in favour of the Code.

[4] Louis Taypotat is 76 years old. He is a member of the Kahkewistahaw First Nation, a community of approximately 2,000 people in Saskatchewan. He has a Grade 10 education and received an honorary diploma from the Saskatchewan Indian Institute of Technology in recognition of his service to his community. He was the elected Chief of the Kahkewistahaw First Nation for a total of more than 27 years — from 1973 to 1989, from 1992 to 1993 and from 1997 to 2007. His elections were held under the procedure set out in the *Indian Act*.

[5] In the late 1990s, the Kahkewistahaw First Nation began the process of developing its own community Election Code. The community consultation to develop and ratify the code took 13 years. Much of the process, which was conducted publicly and openly, was under the guidance of Louis Taypotat as Chief.

[6] The first draft of the Code was developed in 1998. It included a provision that required candidates for Chief or Band Councillor to have “formal education at a post-secondary level or equivalent education/experience”. Subsequent drafts, including the final version, specified that candidates are required to have at least a Grade 12 education: *Kahkewistahaw Election Act*, s. 9.03(c). Candidates have to demonstrate to the Electoral Officer that they have the requisite level of education before they are permitted to run: *Kahkewistahaw Election Act*, s. 10.01(d).

[7] The first ratification vote of the final version of the Code, the *Kahkewistahaw Election Act*, was held in September 2008 while Louis Taypotat was Chief. Turnout was too low to reflect the support required by the Department. A second ratification vote was held in March 2009. Turnout was again too low

des droits et libertés. La majorité des membres de la Première Nation ayant droit de vote doit appuyer le code.

[4] Louis Taypotat est âgé de 76 ans. Il est membre de la Première Nation de Kahkewistahaw, une collectivité de quelque 2000 personnes de la Saskatchewan. Il possède une 10^e année et a reçu un diplôme honorifique de la Saskatchewan Indian Institute of Technology en reconnaissance de services rendus à sa communauté. M. Taypotat a occupé les fonctions de chef élu de la Première Nation de Kahkewistahaw pendant plus de 27 ans — de 1973 à 1989, de 1992 à 1993, puis de 1997 à 2007. Ces élections ont été organisées conformément à la procédure prévue par la *Loi sur les Indiens*.

[5] À la fin des années 90, la Première Nation de Kahkewistahaw a entrepris l'élaboration de son propre code électoral communautaire. Le processus de consultation des membres de la Première Nation en vue d'élaborer et de ratifier le code a duré 13 ans. Une bonne partie de ce processus, qui s'est déroulé de façon publique et transparente, a été menée sous la direction de Louis Taypotat, en sa qualité de chef.

[6] Une première ébauche du code a été rédigée en 1998. Elle comprenait une disposition exigeant que les candidats aient [TRADUCTION] « un niveau de scolarité postsecondaire ou une formation/expérience équivalente » pour être éligibles au poste de chef ou de conseiller de la bande. Les versions subséquentes, y compris la version définitive, précisaient que les candidats devaient avoir un niveau de scolarité minimum de 12^e année (*Kahkewistahaw Election Act*, al. 9.03(c)). Pour être autorisé à se porter candidat lors d'une élection, l'intéressé doit démontrer au fonctionnaire électoral qu'il possède le niveau de scolarité exigé (*Kahkewistahaw Election Act*, al. 10.01(d)).

[7] Un premier vote de ratification de la version définitive du code, la *Kahkewistahaw Election Act*, a eu lieu en septembre 2008, alors que Louis Taypotat était chef. La participation électorale était trop faible pour que le Ministère considère que l'appui nécessaire avait été obtenu. Un second vote de ratification

to satisfy the Department. As a result, the Department approved a “continuation vote” to supplement the second vote. In order to ensure its integrity, only members who had not voted in the second vote were eligible to vote in the continuation vote. It was held in January 2010.

[8] The continuation vote resulted in the *Kahkewistahaw Election Act* getting between 84 and 85 per cent approval. As a result, the Department removed the Kahkewistahaw First Nation from the election provisions of the *Indian Act* and authorized it to operate pursuant to its own *Kahkewistahaw Election Act* on February 18, 2011.

[9] The first election under the *Kahkewistahaw Election Act* was scheduled for May 13, 2011. Louis Taypotat submitted documents to enable him to run as a candidate for Chief, but the Electoral Officer refused to certify his candidacy because he did not demonstrate that he had a Grade 12 or equivalent level of education. His nephew, Sheldon Taypotat, who had previously been elected as Chief in May 2009, in the last election held under the *Indian Act*, became Chief.

[10] Louis Taypotat brought an application for judicial review of the *Kahkewistahaw Election Act* process. Of particular relevance, he argued that the Grade 12 educational requirement violated s. 15(1) of the *Charter* because “educational attainment is analogous to race and age” for the purposes of s. 15(1).

[11] The Federal Court dismissed the application. Justice de Montigny held that Louis Taypotat had produced no evidence to demonstrate that education was an analogous ground for the purposes of s. 15.

[12] On appeal, Louis Taypotat advanced 10 separate grounds. The newly formulated basis for his s. 15 submission, which had not been raised in his application for judicial review to the Federal Court,

a eu lieu en mars 2009. Le taux de participation se situait encore en deçà du minimum exigé par le Ministère. Par conséquent, celui-ci a autorisé une « prolongation » de ce 2^e vote. Pour assurer l’intégrité du processus, seuls les membres qui n’avaient pas participé au second vote avaient le droit de voter lors de la prolongation du vote qui s’est tenue en janvier 2010.

[8] La prolongation du vote a permis à la *Kahkewistahaw Election Act* de recueillir entre 84 et 85 pour 100 d’appuis. Ainsi, le 18 février 2011, le Ministère a soustrait la Première Nation de Kahkewistahaw à l’application des dispositions électorales de la *Loi sur les Indiens* et l’a autorisée à appliquer désormais sa propre loi électorale.

[9] La première élection organisée sous le régime de la *Kahkewistahaw Election Act* devait avoir lieu le 13 mai 2011. Louis Taypotat a soumis des documents afin de pouvoir briguer le poste de chef, mais le fonctionnaire électoral a refusé de donner son aval à sa candidature parce que M. Taypotat n’avait pas démontré qu’il avait 12 années de scolarité ou l’équivalent. Son neveu, Sheldon Taypotat, qui avait antérieurement été élu chef en mai 2009, lors du dernier scrutin tenu sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, est alors devenu chef.

[10] Louis Taypotat a présenté une demande de contrôle judiciaire à l’égard du processus prévu par la *Kahkewistahaw Election Act*. Il soutenait plus particulièrement que le fait d’exiger un niveau de scolarité de 12^e année violait le par. 15(1) de la *Charte*, parce que [TRADUCTION] « le niveau de scolarité [est un motif] analogue à la race et à l’âge » pour l’application du par. 15(1).

[11] La Cour fédérale a rejeté la demande. Le juge de Montigny a estimé que Louis Taypotat n’avait soumis aucun élément de preuve démontrant que le niveau de scolarité constituait un motif analogue pour l’application de l’art. 15.

[12] En appel, Louis Taypotat a invoqué 10 moyens distincts. Au soutien de son argument fondé sur l’art. 15, il faisait désormais valoir — ce qu’il n’avait pas allégué dans sa demande de contrôle

was that residential school survivors without a Grade 12 education constituted an analogous group for the purposes of s. 15.

[13] Although it dismissed nine of the grounds for appeal “without difficulty”, the Federal Court of Appeal allowed Mr. Taypotat’s claim under s. 15 of the *Charter*. It did not deal explicitly with the argument that residential school survivors without a Grade 12 education constituted an analogous group for the purposes of s. 15, but concluded instead, even though it was not pleaded, that the education requirement had a discriminatory impact on the basis of age. In addition, without anyone having raised the issue, it found the education requirement discriminated on the basis of “residence on a reserve”.

[14] Before this Court, Louis Taypotat relied on the Federal Court of Appeal’s conclusions to reformulate his s. 15 claim. He now argues that the education requirement violates s. 15(1) because it has a disproportionate effect on older community members who live on a reserve.

[15] While facially neutral qualifications like education requirements may well be a proxy for, or mask, a discriminatory impact, this case falls not on the existence of the requirement, but on the absence of any evidence linking the requirement to a disparate impact on members of an enumerated or analogous group.

Analysis

[16] The approach to s. 15 was most recently set out in *Quebec (Attorney General) v. A*, [2013] 1 S.C.R. 61, at paras. 319-47. It clarifies that s. 15(1) of the *Charter* requires a “flexible and contextual inquiry into whether a distinction has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage on the claimant

judiciaire présentée en Cour fédérale — que les survivants des pensionnats indiens qui ne possédaient pas un niveau de scolarité de 12^e année formaient un groupe analogue pour l’application de l’art. 15.

[13] Bien qu’elle ait rejeté « sans difficulté » neuf des moyens d’appel en question, la Cour d’appel fédérale a retenu l’argument fondé sur l’art. 15 de la *Charte*. La cour n’a pas examiné explicitement l’argument suivant lequel les survivants des pensionnats indiens qui n’avaient pas un niveau de scolarité de 12^e année formaient un groupe analogue pour l’application de l’art. 15, mais elle a plutôt conclu, même si cela n’avait pas été plaidé, que l’exigence concernant le niveau de scolarité avait un effet discriminatoire fondé sur l’âge. De plus, sans que personne n’ait soulevé la question, elle a conclu que cette exigence créait une discrimination fondée sur « la résidence dans une réserve ».

[14] Devant la Cour, Louis Taypotat s’est fondé sur les conclusions de la Cour d’appel fédérale pour reformuler sa prétention fondée sur l’art. 15. Maintenant, il fait valoir que l’exigence relative au niveau de scolarité viole le par. 15(1) parce qu’elle a un effet disproportionné sur les membres plus âgés de la collectivité qui vivent dans une réserve.

[15] Bien que des exigences à première vue neutres, comme celles relatives au niveau de scolarité, puissent fort bien occulter ou masquer un effet discriminatoire, le sort de la présente affaire ne dépend pas de l’existence de cette exigence, mais bien du fait qu’il n’existe pas le moindre élément de preuve établissant un lien entre cette exigence et les effets distincts qu’elle aurait sur les membres d’un groupe énuméré ou analogue.

Analyse

[16] L’approche relative au par. 15(1) a été énoncée le plus récemment dans *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 319-347. Cet arrêt a clarifié le fait que le par. 15(1) de la *Charte* exige « une analyse souple et contextuelle visant à déterminer si la distinction a pour effet de perpétuer

because of his or her membership in an enumerated or analogous group”: para. 331 (emphasis added).

[17] This Court has repeatedly confirmed that s. 15 protects substantive equality: *Quebec v. A*, at para. 325; *Withler v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 2; *R. v. Kapp*, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 16; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. It is an approach which recognizes that persistent systemic disadvantages have operated to limit the opportunities available to members of certain groups in society and seeks to prevent conduct that perpetuates those disadvantages. As McIntyre J. observed in *Andrews*, such an approach rests on the idea that not every difference in treatment will necessarily result in inequality and that identical treatment may frequently produce serious inequality: p. 164.

[18] The focus of s. 15 is therefore on laws that draw *discriminatory* distinctions — that is, distinctions that have the effect of perpetuating arbitrary disadvantage based on an individual’s membership in an enumerated or analogous group: *Andrews*, at pp. 174-75; *Quebec v. A*, at para. 331. The s. 15(1) analysis is accordingly concerned with the social and economic context in which a claim of inequality arises, and with the effects of the challenged law or action on the claimant group: *Quebec v. A*, at para. 331.

[19] The first part of the s. 15 analysis therefore asks whether, on its face or in its impact, a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground. Limiting claims to enumerated or analogous grounds, which “stand as constant markers of suspect decision making or potential discrimination”, screens out those claims “having nothing to do with substantive equality and helps keep the focus on equality for groups that are disadvantaged in the larger social and economic context”: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8; Lynn Smith and William Black, “The Equality Rights” (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, at p. 336. Claimants may frame

un désavantage arbitraire à l’égard du demandeur, *du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue* » (par. 331 (italiques ajoutés)).

[17] La Cour a confirmé à maintes reprises que l’art. 15 protège l’égalité réelle (*Québec c. A*, par. 325; *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 16; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143). Cette démarche reconnaît que des désavantages systémiques persistants ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes aux membres de certains groupes de la société et elle vise à empêcher tout acte qui contribue à perpétuer ces désavantages. Ainsi que le juge McIntyre l’a fait observer dans l’arrêt *Andrews*, cette approche repose sur l’idée que toute différence de traitement ne produira pas forcément une inégalité et qu’un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités (p. 164).

[18] L’article 15 vise donc les lois qui établissent des distinctions *discriminatoires*, c’est-à-dire des distinctions qui ont pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l’égard d’une personne du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue (*Andrews*, p. 174-175; *Québec c. A*, par. 331). L’analyse à laquelle on procède pour l’application du par. 15(1) s’intéresse donc au contexte social et économique dans lequel s’inscrit la plainte d’inégalité et aux effets de la loi ou de l’acte contesté sur le groupe demandeur (*Québec c. A*, par. 331).

[19] Le premier volet de l’analyse fondée sur l’art. 15 consiste donc à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Limiter les demandes à celles fondées sur des motifs énumérés ou analogues — qui « constituent des indicateurs permanents de l’existence d’un processus décisionnel suspect ou de discrimination potentielle » —, permet d’écarter « les demandes [TRA-DUCTION] qui n’ont rien à voir avec l’égalité réelle et de mettre l’accent sur l’égalité dans le cas de groupes qui sont défavorisés dans un contexte social et économique plus large » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*,

their claim in terms of one protected ground or several, depending on the conduct at issue and how it interacts with the disadvantage imposed on members of the claimant's group: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 37.

[20] The second part of the analysis focuses on arbitrary — or discriminatory — disadvantage, that is, whether the impugned law fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage:

The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. If the state conduct widens the gap between the historically disadvantaged group and the rest of society rather than narrowing it, then it is discriminatory. [*Quebec v. A*, at para. 332]

[21] To establish a *prima facie* violation of s. 15(1), the claimant must therefore demonstrate that the law at issue has a disproportionate effect on the claimant based on his or her membership in an enumerated or analogous group. At the second stage of the analysis, the specific evidence required will vary depending on the context of the claim, but “evidence that goes to establishing a claimant’s historical position of disadvantage” will be relevant: *Withler*, at para. 38; *Quebec v. A*, at para. 327.

[22] The question in this case is which “enumerated or analogous group” faces discrimination, and whether Mr. Taypotat has established that the education requirement set out in the *Kahkewistahaw Election Act* has a disproportionate effect on the members of any such group.

[23] There is no question that education requirements for employment could, in certain circumstances, be shown to have a discriminatory impact in violation of s. 15. In *Griggs v. Duke Power Co.*, 401

[1999] 2 R.C.S. 203, par. 8; Lynn Smith et William Black, « The Equality Rights » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 301, p. 336). Le demandeur peut fonder son allégation sur un ou sur plusieurs motifs, selon l’acte de l’État en cause et son interaction avec le désavantage infligé aux membres du groupe dont il fait partie (*Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 37).

[20] Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accroître le désavantage dont ils sont victimes :

À la base, l’art. 15 résulte d’une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu’il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination. Les actes de l’État qui ont pour effet d’élargir, au lieu de rétrécir, l’écart entre le groupe historiquement défavorisé et le reste de la société sont discriminatoires. [*Québec c. A*, par. 332]

[21] Pour établir qu’il y a eu à première vue violation du par. 15(1), le demandeur doit par conséquent démontrer que la loi en cause a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue. À la seconde étape de l’analyse, la preuve précise requise variera selon le contexte de la demande, mais « les éléments tendant à prouver qu’un demandeur a été historiquement désavantagé » seront pertinents (*Withler*, par. 38; *Québec c. A*, par. 327).

[22] Il s’agit en l’espèce de déterminer quel « groupe énuméré ou analogue » est victime de discrimination et si M. Taypotat a démontré que l’exigence relative au niveau de scolarité prévue par la *Kahkewistahaw Election Act* a un effet disproportionné sur les membres de ce groupe.

[23] Incontestablement, il serait possible de démontrer que le niveau de scolarité requis pour un emploi peut, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire en violation de l’art. 15. Dans l’arrêt

U.S. 424 (1971), for example, the United States Supreme Court concluded that it was a violation of Title VII of the *Civil Rights Act of 1964* for an employer to require that employees have a high school diploma to work as, among other things, a coal handler or in maintenance at a power plant. The effect of this facially neutral requirement was to disproportionately exclude African Americans from positions in the plant. The court concluded that:

... practices, procedures, or tests neutral on their face, and even neutral in terms of intent, cannot be maintained if they operate to “freeze” the status quo of prior discriminatory employment practices. [p. 430]

As the court observed, employment requirements that are unrelated to measuring job capability can operate as “built-in headwinds” for minority groups, and will therefore be discriminatory: p. 432. See also *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

[24] In this case, however, there is virtually no evidence about the relationship between age, residency on a reserve, and education levels in the Kawkewistahaw First Nation to demonstrate the operation of such a “headwind”. Nor is there any evidence about the effect of the education provisions on older community members, on community members who live on a reserve, or on individuals who belong to both of these groups.

[25] That may well be because the bases on which the Federal Court of Appeal decided the s. 15 issue — age and residence on a reserve — were not pleaded by Louis Taypotat either in his judicial review application or as a ground of appeal from the Federal Court to the Federal Court of Appeal. The Federal Court of Appeal instead appears to have raised the issues on its own initiative.

Griggs c. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971), par exemple, la Cour suprême des États-Unis a conclu que l’employeur qui obligeait ses employés à être titulaires d’un diplôme d’études secondaires pour pouvoir travailler, notamment, comme manutentionnaire de charbon ou préposé à la maintenance dans une centrale électrique contrevenait au titre VII de la *Civil Rights Act of 1964*. Cette exigence apparemment neutre avait pour effet d’exclure de façon disproportionnée les Afro-Américains de certains postes dans cette usine. La cour a conclu :

[TRADUCTION] ... les pratiques, procédures ou tests en apparence neutres, et même neutres du point de vue de l’intention, ne peuvent être maintenus s’ils ont pour effet de « préserver » le statu quo, à savoir les pratiques d’embauche discriminatoires antérieures. [p. 430]

Ainsi que la cour l’a fait observer, des exigences en matière d’emploi qui n’ont rien à voir avec l’évaluation de l’aptitude à accomplir le travail peuvent constituer des [TRADUCTION] « obstacles inhérents » pour les groupes minoritaires et seront donc discriminatoires (p. 432). Voir également *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

[24] En l’espèce, toutefois, nous ne disposons pratiquement d’aucun élément de preuve quant aux rapports entre l’âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des habitants de la Première Nation de Kawkewistahaw qui démontre qu’intervient un tel « obstacle ». Nous ne disposons non plus d’aucun élément de preuve au sujet de l’effet des dispositions relatives au niveau de scolarité sur les membres plus âgés de la collectivité, sur ceux qui vivent dans une réserve ou encore sur ceux qui appartiennent à ces deux groupes.

[25] Cette situation s’explique vraisemblablement par le fait que les motifs sur lesquels la Cour d’appel fédérale s’est fondée pour trancher la question relative à l’art. 15 — l’âge et le fait de résider dans une réserve — n’avaient été invoqués par Louis Taypotat ni dans sa demande de contrôle judiciaire, ni comme moyen d’appel devant cette cour qui semble plutôt avoir soulevé cette question de son propre chef.

[26] In *R. v. Mian*, [2014] 2 S.C.R. 689, at para. 41, this Court clarified that an appellate court may only raise new issues on its own initiative when failing to do so would risk an injustice. The court must also be satisfied that there is a “sufficient basis in the record on which to resolve the issue”: para. 51. The Federal Court of Appeal’s decision to raise the issue of residence on a reserve on its own initiative is particularly troubling because “residence on a reserve” has not been recognized as an analogous ground for the purposes of s. 15. *Corbiere* recognized *off-reserve* residence as an analogous ground, but declined to address whether residence on a reserve would similarly trigger the protection of s. 15: paras. 6 and 62. The Court’s recognition of off-reserve residence as an analogous ground in *Corbiere* relied in part on the argument that First Nations people living off-reserve have experienced unique disadvantages relative to community members living on a reserve and that, for many, the decision to live off-reserve was either forced or heavily constrained. With respect, I would be reluctant to impose a simple mirror inference without argument or evidence from the parties.

[27] In this case, there was no factual record to support deciding the appeal as a violation of the s. 15 rights of community members who live on a reserve. Most significantly, the record is silent about the education levels of members of the Kahkewistahaw First Nation who live on a reserve. The only evidence on the record dealing with education and residence on a reserve covers First Nations persons between 20 and 24 in Saskatchewan as a whole. The data does not address education levels among other age groups: John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (online) (the “C.D. Howe Report”), at p. 4.

[26] Dans l’arrêt *R. c. Mian*, [2014] 2 R.C.S. 689, la Cour a précisé qu’une juridiction d’appel ne peut soulever une nouvelle question de sa propre initiative que si son omission de le faire risquait d’entraîner une injustice (par. 41). La cour doit également être convaincue « qu’il y a suffisamment d’éléments au dossier pour la trancher » (par. 51). La décision de la Cour d’appel fédérale de soulever la question du fait de résider dans la réserve de son propre chef est particulièrement troublante parce que « le fait de résider dans une réserve » n’a pas été reconnu comme un motif analogue à ceux énumérés à l’art. 15. Dans l’arrêt *Corbiere*, la Cour a reconnu que le fait de vivre *hors réserve* constituait un motif analogue, mais a refusé de se prononcer sur la question de savoir si le fait de vivre dans une réserve déclencherait également la protection de l’art. 15 (par. 6 et 62). La décision de la Cour de reconnaître la résidence hors réserve comme motif analogue dans l’arrêt *Corbiere* reposait en partie sur l’argument suivant lequel les membres des Premières Nations vivant hors réserve avaient subi des désavantages uniques par rapport aux membres de la collectivité vivant dans les réserves et que, pour bon nombre d’entre eux, la décision de vivre hors réserve avait été imposée ou avait été prise à contrecœur. En toute déférence, j’hésiterais à imposer une simple inférence identique sans disposer d’argument ou de preuve présentés par les parties.

[27] En l’espèce, le dossier factuel ne permettait pas de trancher l’appel sous l’angle d’une violation des droits garantis par l’art. 15 aux membres de la collectivité vivant dans une réserve. Mais surtout, le dossier est muet quant au niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw qui vivent dans une réserve. Les seuls éléments de preuve au dossier qui ont trait au niveau de scolarité et au fait de résider dans une réserve traitent des autochtones âgés de 20 à 24 ans qui vivent dans l’ensemble de la Saskatchewan. Les données sont muettes quant au niveau d’instruction des membres des autres groupes d’âge. (John Richards, *Closing the Aboriginal/non-Aboriginal Education Gaps* (2008) (en ligne) (le « rapport de l’Institut C.D. Howe »), p. 4.)

[28] Finally, even if it had been properly raised and argued by the parties, I have serious doubts about the merits of the argument that the education requirements in the *Kahkewistahaw Election Act* have the effect of imposing arbitrary disadvantage on community members based on their residence on the reserve. The *Kahkewistahaw Election Act* specifically requires that the Chief and three of the four Councillors *must* reside on the reserve during their term: ss. 9.04 and 9.05. Far from having the effect of excluding community members who live on the reserve, the *Kahkewistahaw Election Act* is specifically designed to foster their participation in community governance. As a result, in the context of the *Kahkewistahaw Election Act* as a whole, it is difficult to conclude that it has the effect of perpetuating arbitrary disadvantage against these community members.

[29] Accordingly, in my view the Court of Appeal erred in concluding that the education provisions in the *Kahkewistahaw Election Act* represent a *prima facie* violation of the s. 15 rights of community members who live on the reserve.

[30] Turning to the conclusion reached by the Federal Court of Appeal that the education requirements discriminate against older members of the community, we confront similar evidentiary vacuums. The Federal Court of Appeal relied on two pieces of statistical evidence in support of this conclusion. The first was data from the 2006 census, about which the Federal Court of Appeal took judicial notice. That data showed that

15% of Canadians between the age of 25 and 64 had less than a high school education. However, this number increases considerably with age, ranging from 11% for 25-34 year olds to 23% for 55-64 year olds: Statistics Canada, *Educational Portrait of Canada*, 2006 Census (Ottawa: Minister of Industry, 2008) at p. 10 (Catalogue number 97-560). [para. 52]

[28] Enfin, même s'il avait été régulièrement soulevé et plaidé par les parties, j'ai de sérieuses réserves au sujet du bien-fondé de l'argument suivant lequel les exigences de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité ont pour effet d'imposer un désavantage arbitraire aux membres de la collectivité du fait qu'ils résident dans la réserve. La *Kahkewistahaw Election Act* prévoit expressément que le chef et trois des quatre conseillers *doivent* résider dans la réserve au cours de leur mandat (art. 9.04 et 9.05). Loin d'avoir pour effet d'exclure les membres de la collectivité qui vivent dans la réserve, la *Kahkewistahaw Election Act* est expressément conçue pour favoriser leur participation à la gestion des affaires de la collectivité. Par conséquent, dans le contexte de la *Kahkewistahaw Election Act* dans son ensemble, il est difficile de conclure que celle-ci a pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire à l'encontre de ces membres de la collectivité.

[29] En conséquence, j'estime que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que les dispositions de la *Kahkewistahaw Election Act* relatives au niveau de scolarité constituent à première vue une violation des droits garantis par l'art. 15 aux membres de la collectivité qui vivent dans la réserve.

[30] En ce qui concerne la conclusion tirée par la Cour d'appel fédérale suivant laquelle les exigences relatives au niveau de scolarité établissent une discrimination à l'encontre des membres plus âgés de la collectivité, nous nous heurtons aux mêmes lacunes sur le plan de la preuve. La Cour d'appel fédérale s'est fondée sur deux éléments de preuve statistique pour tirer cette conclusion. Il s'agit dans le premier cas de données provenant du recensement de 2006 dont la Cour d'appel fédérale a pris connaissance d'office. Ces données démontraient que

15 p. cent des Canadiens entre les âges de 25 et 64 ans n'avaient pas terminé leurs études secondaires. Cependant, ce nombre augmente considérablement avec l'âge, allant de 11 p. cent chez les 25 à 34 ans à 23 p. cent chez les 55 à 64 ans; Statistique Canada, *Portrait de la scolarité au Canada*, Recensement de 2006 (Ottawa, ministre de l'Industrie, 2008), p. 10 (numéro de catalogue 97-560). [par. 52]

[31] Census data can certainly be a useful evidentiary tool to demonstrate that a law has a disadvantaging impact. But this case is about a particular Election Code in a particular First Nations community. I find it difficult to draw even a weak inference about the correlation between age and education among the almost 2000 members of the Kahkewistahaw First Nation from census data about the Canadian population generally. As a result, in my respectful view, the Court of Appeal erred in taking judicial notice of this data as a key to its conclusion that the Kahkewistahaw First Nation's Election Code would have a disadvantaging effect on older community members.

[32] The second statistical basis for the Federal Court of Appeal's finding was aggregate educational data in the C.D. Howe Report dealing with all aboriginal people in Canada: pp. 4-5. The Federal Court of Appeal used this data to conclude that the provision would have a disproportionate impact on older community members in the Kahkewistahaw First Nation. But the data relates to all Aboriginal people in Canada, including the Métis, the Inuit, and First Nations. It is less helpful in shedding light on the relationship between age and education in the specific context of the members of the Kahkewistahaw First Nation. It captures a vastly larger, more diverse population than the community affected by the Code in this case and does not meaningfully illuminate whether and to what extent the Grade 12 education requirement functions to disadvantage older community members of the Kahkewistahaw First Nation.

[33] Finally, in his submissions before this Court, Mr. Taypotat reframed the Federal Court of Appeal's conclusion slightly, asserting that the education provisions discriminate against *older community members who live on a reserve*, rather than, as the Court of Appeal found, against both older community

[31] Les données tirées de recensements peuvent certainement s'avérer un moyen de preuve utile pour démontrer qu'une loi a un effet défavorable. Mais la présente affaire porte sur un code électoral particulier applicable dans une collectivité des Premières Nations donnée. J'ai du mal à tirer la moindre inférence sur la corrélation entre l'âge et le niveau de scolarité des quelque 2 000 membres de la Première Nation de Kahkewistahaw à partir de données d'un recensement portant sur l'ensemble de la population canadienne. Soit dit en tout respect, j'en conclus donc que la Cour d'appel a commis une erreur en prenant connaissance d'office de ces données et en les considérant comme un élément déterminant pour conclure que le code électoral de la Première Nation de Kahkewistahaw défavoriserait les membres plus âgés de la collectivité.

[32] Le second fondement statistique sur lequel repose la conclusion de la Cour d'appel fédérale est un ensemble de données relatives à l'éducation qui figurent dans le rapport de l'Institut C.D. Howe sur les peuples autochtones au Canada (p. 4-5). La Cour d'appel fédérale s'est servie de ces données pour conclure que la disposition en cause aurait un effet disproportionné sur les membres plus âgés de la collectivité de la Première Nation de Kahkewistahaw. Or, les données en question se rapportent à tous les Autochtones du Canada, y compris les Métis, les Inuits et les membres des Premières Nations. Ces éléments de preuve sont moins utiles lorsqu'il s'agit d'apporter des éclaircissements sur les liens qui existent entre l'âge et le niveau d'instruction dans le contexte bien précis des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw. Ils visent une population beaucoup plus vaste et diversifiée que celle que vise le code en l'espèce et ils ne nous éclairent pas vraiment sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'obligation d'avoir un niveau de scolarité de 12^e année a pour effet de défavoriser les membres plus âgés de la Première Nation de Kahkewistahaw.

[33] Enfin, dans les arguments qu'il a présentés devant la Cour, M. Taypotat a reformulé légèrement la conclusion de la Cour d'appel fédérale en faisant valoir que les dispositions relatives au niveau de scolarité créent une discrimination contre les *membres plus âgés de la collectivité qui vivent*

members *and* those who live on the reserve. On this issue, too, the record is silent and we are left only with Mr. Taypotat's bare assertion. This is not to say that statistical evidence is invariably required to establish that a facially neutral law infringes s. 15. In some cases, the disparate impact on an enumerated or analogous group will be apparent and immediate. The evidence in this case, however, does not point to any such link between the education requirement and a disparate impact on the basis of an enumerated or analogous ground.

[34] I think intuition may well lead us to the conclusion that the provision has some disparate impact, but before we put the Kahkewistahaw First Nation to the burden of justifying a breach of s. 15 in its *Kahkewistahaw Election Act*, there must be enough evidence to show a *prima facie* breach. While the evidentiary burden need not be onerous, the evidence must amount to more than a web of instinct. The evidence before us, even in combination, does not rise to the level of demonstrating any relationship between age, residence on a reserve, and education among members of the Kahkewistahaw First Nation, let alone that arbitrary disadvantage results from the impugned provisions.

[35] I would therefore allow the appeal with costs and restore the decision of de Montigny J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Supreme Advocacy, Ottawa; Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.

Solicitors for the respondent: Phillips & Co., Regina.

dans une réserve plutôt que, comme la Cour d'appel l'avait conclu, contre à la fois les membres plus âgés de la collectivité *et* ceux qui vivent dans la réserve. Sur cette question, là encore, le dossier est muet et nous ne disposons que de la simple affirmation de M. Taypotat. Cela ne veut pas dire qu'il soit toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu'une loi, neutre à première vue, contrevient à l'art. 15. Dans certains cas, l'impact distinct d'une loi sur un groupe énuméré ou analogue sera visible et immédiat. Or, en l'espèce, la preuve ne met en lumière aucun lien de ce type entre l'exigence en matière d'éducation et un impact distinct sur la base d'un motif énuméré ou analogue.

[34] Je crois que l'intuition peut fort bien nous amener à la conclusion que la disposition en question produit des effets distincts sur certains groupes, mais avant d'exiger de la Première Nation de Kahkewistahaw qu'elle justifie la violation de l'art. 15 dans sa *Kahkewistahaw Election Act*, il doit y avoir suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'existence d'une atteinte à première vue. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de s'acquitter d'un lourd fardeau de présentation, la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions. Les éléments de preuve au dossier ne sont pas suffisants — même lorsqu'on les combine — pour démontrer qu'il existe un rapport entre l'âge, le fait de résider dans une réserve et le niveau de scolarité des membres de la Première Nation de Kahkewistahaw, et encore moins pour établir qu'un désavantage arbitraire découle des dispositions contestées.

[35] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision du juge de Montigny.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Supreme Advocacy, Ottawa; Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.

Procureurs de l'intimé : Phillips & Co., Regina.