

# *Native Women's Association of Canada v. Canada*

Mary Eberts, Sharon McIvor, and Teresa Nahanee

## *Authors' Note*

The decision by the Women's Court of Canada to recruit us to write the judgment in *Native Women's Association of Canada v. Canada* was taken in full knowledge that we had played a significant role in the original case, leading to the Supreme Court of Canada decision from which this "reconsideration" is taken. Sharon McIvor was one of the individual applicants. Teresa Nahanee was a key constitutional advisor to the Native Women's Association of Canada (NWAC) and was instrumental in its work throughout the early 1980s to secure Aboriginal women's equality in self-government. She and Sharon McIvor were among the major architects of the NWAC strategy in this period. Mary Eberts was retained by the NWAC to represent it in the original application to compel Canada to fund it and allow it equal participation, and she represented the NWAC throughout all of the stages of this case and through the subsequent application for an injunction to quash the national referendum on the Charlottetown Accord.

As authors of this Women's Court of Canada decision, we have thus been given an opportunity that no other litigants and counsel may possibly ever have—writing the decision in one's own case. In doing so, we have revisited the questions at issue in the original proceeding and added one more—a consideration of the meaning of "representatives of Aboriginal peoples" in section 35.1 of the *Constitution Act, 1982*, which is considered only peripherally by some, but not all, of the judges who gave reasons in the original case. Developments since the Supreme Court of Canada's decision in the *NWAC* case, particularly the increasing occurrence of discussions, negotiations, and consultations between governments and Aboriginal peoples, have heightened interest in this issue of representativeness.

Our role as the Women's Court of Canada bench in this appeal does, we acknowledge, defy the conventions of judicial impartiality and disinterestedness, as does the composition of other benches in the Women's Court of Canada project. More significantly, our involvement in this judgment illustrates the combination and recombination of roles that women's equality advocates must undertake in the struggle to achieve substantive equality. Women from the grassroots are fundraisers, litigants, and participants in

consultations to develop arguments in test cases and are instrumental in creating and maintaining the non-governmental political organizations that both lobby and litigate in the search for equality. Women academics create knowledge that is used in women's litigation and, in doing so, undermine old "knowledge" that has been used to confine women. They step out of the classroom into the courtroom, non-governmental organizations, and government lobbies and then back again to write, teach, and lecture, mentoring and inspiring new generations of equality advocates. Barristers, too, create and destroy knowledge and fashion arguments in collaboration with women from the grassroots and the academy. Given the magnitude of the task, achieving equality does not permit any woman to play only one role.

Transcending all of these roles is the daily practice of the equality seeking that women do in our families, our workplaces, and our communities. As illustrated so vividly by the experience of Aboriginal women during the constitutional debates of 1980 to 1987 and beyond, this daily practice of equality is not risk free and can require enormous courage.

### *Working Together*

The office of the National Speaker was upstairs at the NWAC office on Melrose Avenue in Ottawa. We spent so many hours and days there over the years working on this case and the successor case that challenged the referendum. Gail Stacey-Moore, Sharon, and Teressa would tell stories about Mary Two-Axe Early, running the blockade in the Oka crisis, the Women's March from New Brunswick to Ottawa, and other cases. Gail once said that she was sure the women were going to prevail in their struggles—if not in her lifetime, then in her children's, or their children's. They would just keep going. The stories were sometimes humorous, and, in spite of the crisis conditions in which we worked, we could still find a laugh or two. Mostly, though, the stories were affirmations of a steadfast commitment and grounded in the assumption that there was little choice about whether to continue. It was just what had to be done.

### *The Case*

The decision to bring forward the *NWAC* case in 1992 at the height of the constitutional talks between the prime minister, the first ministers, and male Aboriginal organizations was the brainchild of then vice president Sharon McIvor and the late Jane Gottfriedson, former president of the British Columbia Native Women's Society. Like the first ministers' accord in November 1991, the *NWAC* case was born in a kitchen, this one on the

Lower Similkameen Reserve near Keremeos, British Columbia, in a private discussion between Sharon and Jane.

It was well known to them in 1992 that the Métis National Council was shut out from the earlier constitutional talks between the first ministers and Aboriginal organizations because it was a newly founded organization representing Métis interests. The Métis had broken away from the Native Council of Canada (NCC), which is now known as the Congress of Aboriginal Peoples, because they wanted their own voice to be heard separate from the non-status Indians represented by the NCC. Although the Métis lost their case in court, they were invited to sit at the constitutional table in their own right, representing Métis interests. The government of the Yukon Territory also went to court to establish its right to sit at the first ministers conference discussing constitutional change, and it also lost its case in court.<sup>1</sup> Despite this loss, the governments of the Northwest Territories and the Yukon Territory earned a seat at the constitutional table.

Sharon and Jane reasoned that if the Métis and the Territorial governments could earn their way to the constitutional table, win or lose in court, why not Aboriginal women and the NWAC? A win would ensure them a seat and equal funding at future constitutional talks affecting Aboriginal women and a loss, in fact, did earn them a seat in 1993 when they were invited to attend as the fifth national Aboriginal organization. Of course, by then, the four mandated constitutional meetings between first ministers and Aboriginal peoples had expired, hence, the need for this decision of the Women's Court of Canada. The intention of a win at the Women's Court is to turn back the clock and place the Aboriginal women at a place they would have been had it not been for discrimination based on sex and a failure to uphold the *Persons* case premise that Aboriginal women are an integral part of "Aboriginal peoples." The Aboriginal peoples of Canada are not those defined by the government of Canada and the provinces/territories. Rather, they are the people who live among the Aboriginal peoples and who identify themselves as being Aboriginal, but, more importantly, the Aboriginal peoples are comprised of "men" and "women."

Anyone involved in the Aboriginal women's movement in Canada throughout the 1970s, 1980s, and early 1990s would appreciate the courage and conviction it took for Gail, who was then president of the NWAC, and Sharon, to bring the *NWAC* case into court. Gail stood up as an Aboriginal leader at a forum of one thousand sponsored by the Assembly of First Nations (AFN) in Ottawa amid stillness you could cut with a knife when she demanded Aboriginal women be given a seat at the constitutional table alongside their brothers, uncles, and fathers. At Whistler

---

1. See *Penikett et al. v. R. et al.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (Y.T.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused 46 D.L.R. (4th) vi.

in 1992, Jane and Sharon stood before the national meeting of chiefs demanding a seat at the upcoming meeting with premiers only to be offered tickets to a wine-and-cheese party with the premier of British Columbia.

As a law student and constitutional adviser to the NWAC in 1992, Teresa Nahanee had the privilege of meeting some of the high-powered women lawyers at the University of Toronto, Faculty of Law to inform them of the NWAC's plight—being blocked as women from the constitutional table. The NWAC recruited Anne Bayefsky and Mary Eberts from this meeting—they were interested and they volunteered to get involved. The Aboriginal men's organizations had already employed all of the leading constitutional experts in Canada that had not already been taken by the federal and provincial governments. Teresa knew from her work with the Honorable Bertha Wilson, retired justice of the Supreme Court of Canada, that Mary Eberts was among the best of lawyers to appear before the Court. As constitutional adviser, Teresa oversaw the court case, provided documentation, and liaised with the men's organizations to ensure the involvement of Sharon in the AFN process and Jane in the NCC process.

While the *NWAC* case was being heard at the Federal Court Trial Division<sup>2</sup> and the Court of Appeal, the NWAC leadership was blocked from every constitutional meeting in twenty-one cities stretching from Vancouver to Charlottetown. While men in power in all these levels of government in Canada met with the men's Aboriginal national organizations, the female leadership of the NWAC were protesting in the wintry cold on Parliament Hill, in the windy streets of Toronto, and under the rainy skies of Vancouver. The denials of access to participation for Aboriginal women were as harsh as the winter wind on Parliament Hill.

The Women's Court of Canada decision is the one we should have had—one that truly recognizes the equality and personhood of women and one that demonstrates the need to involve women in decision making and law making in all aspects of Canadian life. Women are persons with equal rights in every aspect of Canadian life, and though it is a fact, it is not reality.

### *Note des auteures*

Le Tribunal des Femmes du Canada a décidé de nous recruter pour rédiger le «réexamen» de l'affaire *Association des femmes autochtones du Canada* («AFAC») *c. Canada* en pleine connaissance du fait que nous avons joué un rôle important dans l'affaire originale qui a mené à l'arrêt de la Cour

---

2. During that argument in the Federal Court Trial Division, characterized by quite an unruly courtroom of male lawyers, Ian Scott, Q.C. appearing for the NCC, noted in a break that a button was loose on his jacket. "Sew this on for me, would you Mary?" he asked NWAC's lead counsel.

suprême du Canada. Sharon McIvor était l'une des demanderesse à titre personnel. Teresa Nahanee était l'une des conseillères clés en matière constitutionnelle auprès de l'AFAC et elle a contribué largement au travail entrepris par l'AFAC au début des années 1980 en vue de garantir l'égalité des femmes dans l'autodétermination autochtone. Teresa Nahanee et Sharon McIvor comptaient parmi les principales architectes de la stratégie de l'AFAC durant cette période. Les services de Mary Eberts ont été retenus par l'AFAC pour la représenter dans son premier recours visant à contraindre le Canada à leur fournir financement et participation égale et elle a représenté l'AFAC à travers toutes les étapes de cette affaire ainsi que dans la requête d'injonction subséquente visant à annuler le référendum national sur l'Accord de Charlottetown.

En qualité de rédactrices de ce jugement du Tribunal des Femmes du Canada, nous avons donc l'occasion qu'aucune autre partie à un litige et aucun procureur n'aura jamais—rédiger la décision dans sa propre cause. Ce faisant, nous avons passé en revue les questions en litige dans le premier recours et nous y en avons ajouté une autre—une analyse du sens des termes «représentants des peuples autochtones du Canada» énoncés à l'article 35.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui fait l'objet de commentaires incidents par certains, mais pas tous les juges qui ont rédigé des motifs dans le recours original. Depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *AFAC*, des faits nouveaux, particulièrement la plus grande fréquence de discussions, négociations et consultations entre les gouvernements et les peuples autochtones, ont intensifié la pertinence de la question de la représentativité.

Nous avouons d'emblée que la composition de notre banc de juges du Tribunal des Femmes du Canada dans cet appel, ne respecte pas les conventions de l'impartialité judiciaire et du désintéressement, comme c'est le cas d'ailleurs d'autres bancs du Tribunal des Femmes. De façon plus significative, notre participation à ce jugement illustre la combinaison et la recombinaison des rôles qu'occupent les militantes de l'égalité des femmes dans la lutte pour obtenir l'égalité substantive. La base fait des levées de fonds, entame des poursuites judiciaires et participe aux consultations afin de mettre au point des arguments pour établir des précédents. Elle aide, de plus, à créer et à assurer la survie d'organismes politiques non gouvernementaux qui exercent des pressions sur le gouvernement et sur le système juridique dans la quête de l'égalité. Les universitaires féministes font des recherches qui sont utilisées dans les recours des femmes et, ce faisant, elles font contrepoids aux anciennes «connaissances» qui servaient à confiner les femmes. Elles quittent la salle de cours pour la cour, les organismes non gouvernementaux et les associations exerçant des pressions sur les gouvernements pour retourner ensuite écrire, enseigner, donner des conférences, jouer le rôle de mentors et de sources d'inspiration pour de nouvelles générations de militantes de l'égalité.

Les praticiennes du droit créent et détruisent aussi des connaissances et formulent des arguments en collaboration avec les femmes de la base et de la tour d'ivoire. Étant donné l'ampleur de la tâche, nulle femme ne peut se permettre de jouer un seul rôle dans la quête de l'égalité.

Coordonner tous ces rôles demeure pratique courante dans le quotidien des femmes militantes, tant dans nos familles, que dans nos milieux de travail et nos communautés. Comme l'illustre de façon frappante l'expérience des femmes autochtones durant les débats constitutionnels de 1980 à 1987 et depuis, cette pratique quotidienne de l'égalité n'est pas sans péril et exige beaucoup de courage.

### *Un travail d'équipe*

Le bureau de la représentante nationale était situé à l'étage des bureaux de l'AFAC, rue Melrose à Ottawa. Nous y avons passé de nombreuses heures et des jours entiers pendant des années, à travailler à cette affaire et à l'affaire subséquente contestant le référendum. Gail Stacey-Moore, Sharon et Teresa racontaient des histoires au sujet de Mary Two-Axe Early: le jour où elle avait forcé le blocus pendant la crise d'Oka, sa participation à la Marche des Femmes du Nouveau-Brunswick à Ottawa, et d'autres exploits du même genre. Gail a dit une fois qu'elle était sûre que les femmes allaient réussir dans leurs luttes—sinon de son vivant, alors du vivant de ses enfants ou de ses petits-enfants. Elles poursuivraient la lutte. Les anecdotes étaient parfois comiques et, en dépit des conditions de crise dans lesquelles nous travaillions, nous pouvions quand même rire un peu. La plupart du temps, toutefois, les histoires confirmaient un engagement constant, fondé sur la prémisse qu'il n'y avait pas vraiment d'autre choix que de continuer. C'était tout simplement ce qu'il fallait faire.

### *La cause*

Ce sont Sharon McIvor, alors vice-présidente de l'AFAC et la défunte Jane Gottfriedson, ancienne présidente de la Native Women's Society de la Colombie-Britannique, qui ont eu l'idée d'intenter un recours en 1992, à l'apogée des pourparlers constitutionnels entre le premier ministre du Canada, les premiers ministres des provinces ainsi que les organisations autochtones masculines. Tout comme l'accord des premiers ministres en novembre 1991, l'affaire AFAC est née dans une cuisine, cette dernière située dans la réserve de Lower Similkameen, près de Keremeos, en Colombie-Britannique, au cours d'une discussion en tête-à-tête entre Sharon et Jane.

Elles savaient pertinemment qu'en 1992, le Ralliement national des Métis avait été exclu des conférences constitutionnelles préalables entre les premiers

ministres et les organisations autochtones, parce qu'il s'agissait d'une organisation nouvellement établie pour représenter les intérêts des Métis. Les Métis s'étaient détachés du Conseil national des autochtones du Canada (CNAC), qui s'appelle aujourd'hui le Congrès des Peuples Autochtones (CPA), parce qu'ils voulaient que leur propre voix soit entendue séparément de celles des autochtones sans statut représentés par le CNAC. Bien que les Métis aient perdu leur cause devant les tribunaux, ils ont néanmoins été invités à siéger à la table constitutionnelle de leur propre chef, pour représenter les intérêts des Métis. Le gouvernement du Territoire du Yukon s'est également adressé aux tribunaux pour faire reconnaître son droit de siéger à la conférence des premiers ministres pour discuter de changements constitutionnels et il a également perdu sa cause devant les tribunaux<sup>1</sup>. En dépit de cet échec, les gouvernements des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon ont pourtant obtenu de siéger à la table constitutionnelle.

Sharon et Jane ont déduit, en toute logique, que si les Métis et les gouvernements des Territoires pouvaient ainsi obtenir de siéger à la table constitutionnelle, peu importe les résultats devant les tribunaux, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les femmes autochtones et l'AFAC? Une victoire garantirait un siège et un financement égal aux conférences constitutionnelles futures affectant les femmes autochtones et un échec, de fait, leur a valu un siège en 1993, lorsqu'elles ont été invitées à participer en qualité de cinquième organisation nationale autochtone. Évidemment, par ce temps-là, les quatre conférences constitutionnelles prévues entre les premiers ministres et les peuples autochtones avaient déjà eu lieu, d'où la nécessité pour le Tribunal des Femmes du Canada de réexaminer l'arrêt *AFAC*. Ce que nous voulons faire ici, en donnant gain de cause devant le Tribunal des Femmes, c'est de revenir en arrière et de placer les femmes autochtones là où elles auraient dû être, n'eût été la discrimination fondée sur le sexe et le défaut de respecter la prémisse de l'arrêt *Persons*, selon laquelle les femmes autochtones font partie intégrante des «peuples autochtones». Les peuples autochtones du Canada ne sont pas les peuples définis par les gouvernements du Canada et des provinces ou territoires. Ce sont plutôt les personnes qui vivent parmi les peuples autochtones et qui s'identifient comme autochtones mais, de façon plus importante, les peuples autochtones se composent «d'hommes» et de «femmes».

Toute personne impliquée dans le mouvement des femmes autochtones au Canada à travers les années 1970, 1980 et le début des années 1990 est en mesure d'apprécier à sa juste valeur le courage et la conviction qu'il a fallu à Gail, alors présidente de l'AFAC, pour intenter le recours. En sa qualité

---

1. Voir *Penikett et al. c. R. et al.* (1987), 45 D.L.R. (4th) 108 (C.A.T.Y.); permission d'appeler à la C.S.C. refusée 46 D.L.R. (4th) vi.

de cheffe autochtone, Gail s'est levée lors d'une assemblée de 1 000 personnes à Ottawa, réunion parrainée par l'Assemblée des Premières Nations (APN), alors qu'il régnait un silence de cimetière, pour réclamer que les femmes autochtones aient également un siège à la table constitutionnelle à côté de leurs frères, de leurs oncles et de leurs pères. À Whistler, en 1992, pendant une assemblée de chefs nationaux, lorsque Jane et Sharon ont réclamé un siège à la réunion prochaine avec les premiers ministres des provinces, on leur a offert des tickets à une dégustation de vin et de fromage en compagnie du premier ministre de la Colombie-Britannique.

Comme étudiante en droit et conseillère en matière constitutionnelle auprès de l'AFAC en 1992, Teresa Nahanee a eu le privilège de rencontrer certaines avocates réputées à la Faculté de droit de l'Université de Toronto pour les informer de la situation critique de l'AFAC—étant exclues comme femmes de la table constitutionnelle. L'AFAC a recruté Anne Bayefsky et Mary Eberts grâce à cette rencontre; toutes deux étaient intéressées et elles se sont portées volontaires pour poursuivre l'affaire. Les organisations d'hommes autochtones avaient déjà engagé tous les spécialistes de renom en droit constitutionnel au Canada dont les services n'avaient pas déjà été retenus par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Grâce à son travail auprès de l'honorable Bertha Wilson, juge retraitée de la Cour suprême du Canada, Teresa savait que Mary Eberts comptait parmi les meilleurs juristes à plaider devant cette Cour. Comme conseillère en matière constitutionnelle, Teresa dirigeait la cause, obtenait la documentation et assurait la liaison avec les organismes masculins pour veiller sur les rapports de Sharon avec l'APN et de Jane avec le CPA.

Pendant l'audition de l'affaire *AFAC* devant la Cour fédérale, Division de première instance<sup>2</sup> et Division d'appel, le comité de direction de l'AFAC s'est fait interdire l'accès à chaque réunion constitutionnelle qui a eu lieu dans vingt et un villes de Vancouver à Charlottetown. Alors que les hommes au pouvoir dans tous les niveaux de gouvernement au Canada rencontraient les associations nationales d'hommes autochtones, le comité de direction de l'AFAC protestait dans le froid hivernal de la Colline du Parlement, dans les rues balayées par les vents de Toronto et sous les cieus pluvieux de Vancouver. Les interdictions d'accès à la participation des femmes autochtones ont été aussi cruelles que le vent froid sur la Colline du Parlement.

Le jugement du Tribunal des Femmes du Canada est le jugement que nous aurions dû obtenir—celui qui reconnaît véritablement l'égalité et la

---

2. Pendant l'audition devant la Cour fédérale, Division de première instance, audition caractérisée par la turbulence du groupe d'avocats masculins, Ian Scott, c.r., représentant l'APN, a remarqué à la pause qu'un bouton de sa veste était sur le point de céder. Il s'est tourné vers la conseillère juridique principale de l'AFAC en lui disant: «Recouds ce bouton pour moi, veux-tu, Mary?»



personnalité juridique des femmes tout en illustrant la nécessité d'inclure les femmes dans le processus décisionnel et législatif concernant tous les aspects de la vie canadienne. Les femmes sont des personnes disposant de droits égaux dans chaque aspect de la vie canadienne et bien qu'il s'agisse là d'un fait, c'est encore loin de la réalité.