



First Session
Thirty-ninth Parliament, 2006-07

Première session de la
trente-neuvième législature, 2006-2007

SENATE OF CANADA

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

Legal and Constitutional Affairs

Chair:
The Honourable DONALD H. OLIVER

Thursday, February 22, 2007
Wednesday, February 28, 2007

Issue No. 22

First meeting on:

Implications of including, in legislation,
non-derogation clauses relating to existing Aboriginal
and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada
under section 35 of the Constitution Act, 1982

and

Business of the committee

WITNESSES:
(See back cover)

SÉNAT DU CANADA

*Délibérations du Comité
sénatorial permanent des*

Affaires juridiques et constitutionnelles

Président :
L'honorable DONALD H. OLIVER

Le jeudi 22 février 2007
Le mercredi 28 février 2007

Fascicule n° 22

Première réunion concernant :

Les conséquences de l'inclusion, dans la loi, de clauses
non dérogatoires concernant les droits ancestraux et
issus de traités existants des peuples autochtones du
Canada aux termes de l'article 35 de la Loi
constitutionnelle de 1982
et

Les travaux du comité

TÉMOINS :
(Voir à l'endos)

THE STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Donald H. Oliver, *Chair*

The Honourable Lorna Milne, *Deputy Chair*
and

The Honourable Senators:

Andreychuk
Baker, P.C.
Bryden
Fraser
Hays, P.C.
* Hervieux-Payette, P.C.
(or Tardif)
**Ex officio members*

(Quorum 4)

Changes in membership of the committee:

Pursuant to rule 85(4), membership of the committee was amended as follows:

The name of the Honourable Senator Di Nino substituted for that of the Honourable Senator Oliver (*February 16, 2007*).

The name of the Honourable Senator Cowan substituted for that of the Honourable Senator Hays, P.C. (*February 21, 2007*).

The name of the Honourable Senator Hays, P.C. substituted for that of the Honourable Senator Cowan (*February 22, 2007*).

The name of the Honourable Senator Hubley substituted for that of the Honourable Senator Fraser (*February 27, 2007*).

The name of the Honourable Senator Ringuette substituted for that of the Honourable Senator Baker, P.C. (*February 27, 2007*).

The name of the Honourable Senator Oliver substituted for that of the Honourable Senator Di Nino (*February 27, 2007*).

The name of the Honourable Senator Campbell substituted for that of the Honourable Senator Jaffer (*February 28, 2007*).

The name of the Honourable Senator Fraser substituted for that of the Honourable Senator Hubley (*March 1, 2007*).

The name of the Honourable Senator Jaffer substituted for that of the Honourable Senator Campbell (*March 1, 2007*).

The name of the Honourable Senator Baker, P.C. substituted for that of the Honourable Senator Ringuette (*March 1, 2007*).

LE COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Président : L'honorable Donald H. Oliver

Vice-présidente : L'honorable Lorna Milne
et

Les honorables sénateurs :

Andreychuk
Baker, C.P.
Bryden
Fraser
Hays, C.P.
* Hervieux-Payette, C.P.
(ou Tardif)
**Membres d'office*

(Quorum 4)

Modifications de la composition du comité :

Conformément à l'article 85(4) du Règlement, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit :

Le nom de l'honorable sénateur Di Nino est substitué à celui de l'honorable sénateur Oliver (*le 16 février 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Cowan est substitué à celui de l'honorable sénateur Hays, C.P. (*le 21 février 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Hays, C.P., est substitué à celui de l'honorable sénateur Cowan (*le 22 février 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Hubley est substitué à celui de l'honorable sénateur Fraser (*le 27 février 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Ringuette est substitué à celui de l'honorable sénateur Baker, C.P. (*le 27 février 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Oliver est substitué à celui de l'honorable sénateur Di Nino (*le 27 février 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Campbell est substitué à celui de l'honorable sénateur Jaffer (*le 28 février 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Fraser est substitué à celui de l'honorable sénateur Hubley (*le 1^{er} mars 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Jaffer est substitué à celui de l'honorable sénateur Campbell (*le 1^{er} mars 2007*).

Le nom de l'honorable sénateur Baker, C.P., est substitué à celui de l'honorable sénateur Ringuette (*le 1^{er} mars 2007*).

ORDER OF REFERENCE

Extract from the *Journals of the Senate*, Thursday, June 1, 2006:

The Honourable Senator Oliver moved, seconded by the Honourable Senator Stratton:

That the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs be authorized to examine and report on the implications of including, in legislation, non-derogation clauses relating to existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada under section 35 of the *Constitution Act, 1982*;

That the papers and evidence received and taken on the subject and the work accomplished during the Second Session of the Thirty-seventh Parliament and the First Session of the Thirty-eighth Parliament be referred to the committee; and

That the committee present its report to the Senate no later than June 30, 2007.

After debate,

The question being put on the motion, it was adopted.

ORDRE DE RENVOI

Extrait des *Journaux du Sénat* du jeudi 1^{er} juin 2006 :

L'honorable sénateur Oliver propose, appuyé par l'honorable sénateur Stratton,

Que le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles soit autorisé à examiner, pour en faire rapport, les conséquences de l'inclusion, dans la loi, de clauses non dérogatoires concernant les droits ancestraux et issus de traités existants des peuples autochtones du Canada aux termes de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

Que les documents reçus, les témoignages entendus, et les travaux accomplis sur la question par le Comité au cours de la deuxième session de la trente-septième législature et la première session de la trente-huitième législature soient renvoyés au Comité;

Que le Comité présente son rapport au Sénat au plus tard le 30 juin 2007.

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le greffier du Sénat,

Paul C. Bélisle

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Thursday, February 22, 2007
(56)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:50 a.m., in room 257, East Block, for the purpose of electing a Chair.

Members of the committee present: The Honourable Senators Andreychuk, Baker P.C., Bryden, Cowan, Di Nino, Fraser, Jaffer, Joyal, P.C., Milne, Nolin and Stratton (11).

Other senators present: The Honourable Senators Adams, Corbin, Gill, Hubley and Watt (5).

In attendance: Margaret Young, Analyst, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to rule 88, the clerk of the committee presided over the election of the Chair.

The Honourable Senator Fraser moved that the Honourable Senator Milne, be made Acting Chair of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs for the meeting of Thursday, February 22, 2007.

The question being put on the motion, it was adopted.

The Honourable Senator Milne took the chair and made a statement.

The Honourable Senator Di Nino moved that the next meeting of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs be held on Wednesday, February 28, 2007, when the Senate rises but not before 4:00 p.m. with the first item of business for the committee to elect a new chair.

The question being put on the motion, it was adopted.

At 10:55 a.m., pursuant to the Order of Reference adopted by the Senate on Thursday, June 1, 2006, the committee began its consideration on the implications of including, in legislation, non-derogation clauses relating to existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada under section 35 of the Constitution Act, 1982.

WITNESSES:

Department of Justice Canada:

Andrew Saranchuk, Acting Director and Senior General Counsel, Aboriginal Law and Strategic Policy;

Charles Pryce, Senior Counsel, Aboriginal Law and Strategic Policy.

Mr. Saranchuk made a statement and, with Mr. Pryce, answered questions.

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le jeudi 22 février 2007
(56)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd’hui, à 10 h 50, dans la salle 257 de l’édifice de l’Est, pour élire un président.

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Andreychuk, Baker C.P., Bryden, Cowan, Di Nino, Fraser, Jaffer, Joyal, C.P., Milne, Nolin, et Stratton (11).

Autres sénateurs présents : Les honorables sénateurs Adams, Corbin, Gill, Hubley et Watt (5).

Également présente : Margaret Young, analyste, Service d’information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l’article 88 du Règlement, la greffière du comité préside à l’élection du président.

L’honorable sénateur Fraser propose que l’honorable sénateur Milne soit élue présidente suppléante du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles pour la séance du jeudi 22 février 2007.

La question, mise aux voix, est adoptée.

L’honorable sénateur Milne prend place au fauteuil et fait une déclaration.

L’honorable sénateur Di Nino propose que la prochaine séance du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se tienne le mercredi 28 février 2007, à l’ajournement du Sénat, mais pas avant 16 heures, et que le premier point à l’ordre du jour soit l’élection d’un nouveau président.

La question, mise aux voix, est adoptée.

À 10 h 55, conformément à l’ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 1^{er} juin 2006, le comité entreprend son étude sur les conséquences de l’inclusion, dans la loi, de clauses non dérogatoires concernant les droits ancestraux et issus de traités existants des peuples autochtones du Canada aux termes de l’article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

TÉMOINS :

Ministère de la Justice Canada :

Andrew Saranchuk, directeur intérimaire et avocat général principal, Droit des Autochtones et politiques stratégiques;

Charles Pryce, avocat-conseil, Droit des Autochtones et politiques stratégiques.

M. Saranchuk fait une déclaration puis, aidé de M. Pryce, répond aux questions.

At 12:40 p.m., the committee adjourned pursuant to the motion adopted by the committee earlier today until Wednesday, February 28, 2007 when the Senate rises but not before 4 p.m.

ATTEST:

OTTAWA, Wednesday, February 28, 2007
(57)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4 p.m., in room 257, East Block, for the purpose of electing a Chair.

Members of the committee present: The Honourable Senators Andreychuk, Bryden, Hubley, Joyal, P.C., Milne, Nolin, Oliver, Ringuette and Stratton (9).

Other senators present: The Honourable Senators Corbin, Day and Stollery (3).

In attendance: Margaret Young, Analyst, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to rule 88, the clerk of the committee presided over the election of the Chair.

The Honourable Senator Nolin moved that the Honourable Senator Oliver, be made Chair of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

The question being put on the motion, it was adopted.

The Honourable Senator Oliver took the chair and made a statement.

At 4:09 p.m., pursuant to rule 92(2)(e) the committee considered its draft agenda in camera.

It was agreed that the Chair seek authorization from the Senate to have all papers and evidence received and taken and the work accomplished by the Special Senate Committee on Senate Reform by referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

It was agreed that the clerk arrange for distribution of these documents to all committee members.

It was agreed that committee members submit proposed witness lists to the clerk by Friday, March 2, 2007.

At 4:42 p.m., the committee adjourned to the call of the Chair.

ATTEST:

À 12 h 40, le comité suspend ses travaux, conformément à la motion adoptée par le comité plus tôt aujourd’hui jusqu’au mercredi 28 février 2007, à l’ajournement du Sénat, mais pas avant 16 heures.

ATTESTÉ :

OTTAWA, le mercredi 28 février 2007
(57)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd’hui, à 16 heures, dans la salle 257 de l’édifice de l’Est, pour élire un président.

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Andreychuk, Bryden, Hubley, Joyal, C.P., Milne, Nolin, Oliver, Ringuette et Stratton (9).

Autres sénateurs présents : Les honorables sénateurs Corbin, Day et Stollery (3).

Également présente : Margaret Young, analyste, Service d’information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l’article 88 du Règlement, la greffière du comité préside à l’élection du président.

L’honorable sénateur Nolin propose que l’honorable sénateur Oliver assume la présidence du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La question, mise aux voix, est adoptée.

L’honorable sénateur Oliver prend place au fauteuil et fait une déclaration.

À 16 h 9, conformément à l’alinéa 92(2)e) du Règlement, le comité examine, à huis clos, son projet d’ordre du jour.

Il est convenu que le président demande l’autorisation au Sénat pour que tous les documents reçus, les témoignages entendus et les travaux accomplis par le Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat soient renvoyés au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

Il est convenu que la greffière distribue ces documents à tous les membres du comité.

Il est convenu que les membres du comité soumettent une liste de témoins à la greffière avant le vendredi 2 mars 2007.

À 16 h 42, le comité suspend ses travaux jusqu’à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

La greffière du comité,

Shaila Anwar

Clerk of the Committee

EVIDENCE

OTTAWA, Thursday, February 22, 2007

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:50 a.m. to elect the Chair; and to examine and report on the implications of including, in legislation, non-derogation clauses relating to existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada under section 35 of the Constitution Act, 1982.

[*English*]

Shaila Anwar, Clerk of the Committee: Honourable senators, as you have a quorum, I should like to inform you of a letter received from Senator Oliver, stating his decision to resign as chair of this committee. Therefore, as clerk of the committee, it is my duty to preside over the election of the Chair, and I am ready to receive motions to that effect.

Senator Fraser: I move that Senator Milne be acting chair of the committee for today's meeting.

Ms. Anwar: Are there any other nominations?

Senator Joyal: I move that the nominations be closed.

Ms. Anwar: It is moved by Senator Fraser that Senator Milne do take the chair of this committee meeting. Is it your pleasure, honourable senators, to adopt this motion?

Hon. Senators: Agreed.

Senator Lorna Milne (Acting Chairman) in the chair.

The Acting Chairman: Honourable senators, before we begin, I should like to have a motion to the effect that the next meeting of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs will be on Wednesday, February 28, 2007, when the Senate rises but not before 4 p.m., with the first order of business for that committee to elect a new chair.

Senator Di Nino: I so move.

The Acting Chairman: All in favour?

Hon. Senators: Agreed.

The Acting Chairman: We are agreed, so that is passed.

While our witnesses are coming to the table, I will just tell you that today we are beginning our study once again of the implications of including in federal legislation non-derogation clauses relating to Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of the Canada. This is the third time we have had this order of reference from the Senate on this matter, but each time other business has meant that progress has not been made. Let us hope this time will be different.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le jeudi 22 février 2007

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui à 10 h 50 pour élire son président et examiner, pour en faire rapport, les conséquences de l'inclusion, dans la loi, de dispositions non dérogatoires concernant les droits ancestraux et issus de traités existants des peuples autochtones du Canada aux termes de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

[*Traduction*]

Shaila Anwar, greffière du comité : Mesdames et messieurs les sénateurs, comme vous avez le quorum, j'aimerais vous informer du fait que j'ai reçu du sénateur Oliver une lettre dans laquelle il renonce à ses fonctions de président du comité. Par conséquent, en ma qualité de greffière du comité, j'ai le devoir de présider l'élection du président, et je suis prête à entendre les motions à cet égard.

Le sénateur Fraser : Je propose que le sénateur Milne agisse à titre de présidente intérimaire du comité pour la séance d'aujourd'hui.

Mme Anwar : Y a-t-il d'autres mises en candidature?

Le sénateur Joyal : Je propose la clôture des mises en candidature.

Mme Anwar : Il est proposé par le sénateur Fraser que le sénateur Milne assume la présidence de cette séance du comité. Plaît-il aux membres du comité d'adopter cette motion?

Des voix : D'accord.

Le sénateur Lorna Milne (présidente suppléante) occupe le fauteuil.

La présidente suppléante : Mesdames et messieurs les sénateurs, avant de commencer, j'aimerais qu'on adopte une motion prévoyant que la prochaine réunion du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles aura lieu le mercredi 28 février 2007, jour où le Sénat va suspendre les travaux, mais pas avant 16 h, et que le premier point à l'ordre du jour de cette réunion sera l'élection d'un nouveau président.

Le sénateur Di Nino : J'en fais la proposition.

La présidente suppléante : Tout le monde est d'accord?

Des voix : D'accord.

La présidente suppléante : Nous sommes d'accord, la motion est adoptée.

Pendant que nos témoins prennent leur place, je vais me contenter de vous dire que nous reprenons aujourd'hui notre étude de l'incidence de l'enchâssement dans la législation fédérale de dispositions non dérogatoires concernant les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. C'est la troisième fois que cette question fait l'objet d'un ordre de renvoi du Sénat, mais nous n'avons fait aucun progrès, car nous avons été accaparés par d'autres questions. J'ose espérer que ce sera différent cette fois-ci.

As you know, section 35(1) of the Constitution Act, 1982, states:

The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

In addition, section 25 of the Charter states that its guarantees of certain rights and freedoms are not to be interpreted so as to abrogate or derogate from Aboriginal rights and freedoms that may exist or may be acquired.

Even before 1982, provisions were being inserted in some federal statutes, stating, in effect, that nothing in the act abrogated or derogated from Aboriginal title, rights or claims.

We have before us Andrew Saranchuk, who is Acting Director and Senior General Counsel of Aboriginal Law and Strategic Policy for Justice Canada; and Charles Pryce, Senior Counsel, Aboriginal Law & Strategic Policy.

Andrew Saranchuk, Acting Director and Senior General Counsel, Aboriginal Law and Strategic Policy, Department of Justice Canada: We appreciate being given the opportunity to appear before this committee to begin the latest discussion on this important issue of the inclusion of non-derogation clauses in statutes. The Department of Justice has taken, and continues to take, an active interest in the matter. We hope to contribute to the discussion and learn from the views of others.

Previously, Clare Beckton, then Assistant Deputy Attorney General, Aboriginal Affairs Portfolio, gave evidence to this committee in November 2003 on this issue at a general level. Before that, Department of Justice officials appeared before other Senate committees on specific legislation regarding the inclusion of non-derogation clauses.

[Translation]

I do not intend to repeat all of what Ms. Beckton has said previously. However, given the time that has elapsed, I think it important to go back to some of the fundamental legal and constitutional principles, including how the use of non-derogation clauses has come to be an issue, as well as providing an update on developments since 2003.

[English]

The constitutional principles are well known. Section 35 of the Constitution Act recognizes and affirms the existing rights of the Aboriginal peoples of Canada. In the *Sparrow* decision, dating from 1990, the Supreme Court found that section 35 provides very strong but not absolute protection for Aboriginal and treaty rights. This means that laws and other government actions limiting those rights will only apply if the limitation can be justified pursuant to a very strict test.

Comme vous le savez, le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 prévoit ce qui suit :

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

En outre, l'article 25 de la Charte précise que les garanties prévues à l'égard de certains droits et de certaines libertés ne portent pas atteinte aux droits et libertés des Autochtones qui existent déjà ou qui sont susceptibles d'être acquis.

Même avant 1982, des dispositions étaient enchaînées dans certaines lois fédérales dans le but de préciser qu'aucun élément de la loi ne portait atteinte au titre, aux droits ou aux revendications autochtones.

Nous accueillons aujourd'hui Andrew Saranchuk, directeur intérimaire et avocat général principal, Droit des Autochtones et politiques stratégiques, Justice Canada, et Charles Pryce, avocat-conseil, Droit des Autochtones et politiques stratégiques.

Andrew Saranchuk, directeur intérimaire et avocat général principal, Droit des Autochtones et politiques stratégiques, ministère de la Justice Canada : Nous vous remercions de l'occasion qui nous est offerte de témoigner devant votre comité dans le but d'amorcer de nouvelles discussions sur cet enjeu important qu'est l'inclusion de dispositions de non-dérogation dans les lois. Le ministère de la Justice s'est toujours vivement intéressé à cette question. Nous espérons pouvoir contribuer à la discussion et dégager des leçons du point de vue des autres.

En novembre 2003, Clare Beckton, lorsqu'elle exerçait les fonctions de sous-procureure générale adjointe aux affaires autochtones, avait présenté à votre comité un témoignage général sur cette question. Avant cela, des représentants du ministère de la Justice ont comparu devant d'autres comités sénatoriaux relativement à l'enchaînement de dispositions non dérogatoires dans certaines lois.

[Français]

Je n'ai pas l'intention de répéter tout ce que Mme Beckton a déjà dit. Toutefois, étant donné qu'il y a un certain temps qu'elle s'est adressée à vous, je crois qu'il est important de revenir sur certains principes juridiques et constitutionnels fondamentaux, notamment sur ce qui a provoqué la controverse au sujet de l'utilisation de ces dispositions de non-dérogation. Il est important aussi de faire une mise au point sur l'évolution de ces questions depuis 2003.

[Traduction]

Les principes constitutionnels sont bien connus. L'article 35 de la Loi constitutionnelle reconnaît et affirme les droits existants des peuples autochtones du Canada. Dans l'arrêt *Sparrow* de 1990, la Cour suprême a conclu que l'article 35 offre une protection très vigoureuse des droits ancestraux et issus des traités, mais que cette protection n'est pas absolue. Cela veut dire que les lois et autres mesures gouvernementales qui limitent ces droits ne seront valides que si la limite peut être justifiée à la lumière de critères très rigoureux.

This test has two elements. First it requires an important legislative objective, such as conservation on the part of government. Second, the limitation must be in keeping with the Crown's fiduciary relationship with the Aboriginal people and requires minimal impairment of the right. This justification test is analogous to section 1 of the Charter. As a result, the protection afforded Aboriginal and treaty rights is similar to the protection afforded Charter rights.

It is important to emphasize the strength of this protection for Aboriginal and treaty rights. Laws and other government actions that are inconsistent with the protection given Aboriginal and treaty rights will be inapplicable. For example, Aboriginal rights to fish for food have top priority after conservation. If limits have to be placed on access to a particular fishery, this could prevent the exercise of an Aboriginal right to fish for food. Then, as the Supreme Court said in *Sparrow*, the brunt of conservation measures would be borne by the practices of sport and commercial fishing. In addition, the protection of these important rights is based on the Constitution and cannot be diminished without a Constitutional amendment.

This justification test is consistent with the concept of reconciliation that the Supreme Court of Canada has in recent years stated to be the underlying purpose of section 35. Reconciliation requires the balancing of pre-existing rights of Aboriginal peoples with the rights and interests of other Canadians, and is an important part of our constitutional framework. To the extent that non-derogation clauses have the effect of limiting the ability to balance competing rights and interests, careful consideration of the implications of including such clauses in legislation is needed.

[Translation]

Against this constitutional backdrop, there have been a number of calls for non-derogation clauses referring to Aboriginal and treaty rights to be included in federal statutes, beginning soon after the adoption of the Constitution Act in 1982.

[English]

It is interesting to note that there have been no similar demands with respect to non-derogation clauses respecting Charter rights. From the outset, the federal government found non-derogation clauses relating to Aboriginal and treaty rights as unnecessary, and was therefore somewhat reluctant to include them in legislation. In its view, there was no need to repeat in a statutory provision what was clear from section 35, that Aboriginal and treaty rights were now protected under the Constitution, which is the supreme law of the land.

There were also concerns from a legal perspective. There is a legal presumption that you will be familiar with, that every provision in the statute is intended to mean something. Based on

Il y a deux critères. Premièrement, la limite doit favoriser la réalisation d'un objectif législatif important du gouvernement, comme la conservation. Deuxièmement, la limite doit être compatible avec la relation fiduciaire de la Couronne avec les peuples autochtones, et l'atteinte au droit doit être minimale. Ces critères de justification sont analogues à l'article premier de la Charte. Par conséquent, la protection des droits ancestraux et issus de traités est comparable à la protection des droits garantis par la Charte.

On ne saurait trop insister sur la vigueur de cette protection offerte aux droits ancestraux et issus de traités. Les lois et autres mesures gouvernementales qui ne sont pas compatibles avec cette protection des droits ancestraux et issus de traités existants seront inapplicables. Par exemple, seule la conservation l'emporte sur le droit des Autochtones de pêcher pour se nourrir. Or, s'il faut limiter l'accès à une pêcherie donnée, cela pourrait empêcher les Autochtones d'exercer leur droit de pêcher pour se nourrir. Ainsi, comme l'a conclu la Cour suprême dans *Sparrow*, le gros des mesures de conservation s'appliqueraient à la pêche sportive et à la pêche commerciale. De plus, la protection de ces droits importants est fondée sur la Constitution et ne saurait être réduite sans modification constitutionnelle.

Ces critères de justification sont compatibles avec la notion de conciliation, que la Cour suprême du Canada a présentée, au cours des dernières années, comme le but sous-jacent de l'article 35. La conciliation exige qu'on établisse l'équilibre entre les droits existants des peuples autochtones et les droits et intérêts des autres Canadiens, et c'est un élément important de notre cadre constitutionnel. Dans la mesure où les dispositions non dérogatoires limitent la capacité du gouvernement de concilier les droits et intérêts concurrents, nous devons examiner soigneusement l'incidence de l'enchaînement de telles dispositions dans les lois.

[Français]

Face à cette toile de fond constitutionnelle, il y a eu un certain nombre de demandes visant à inclure dans les lois fédérales des dispositions de non-dérogation relatives aux droits ancestraux et issus de traités, et ce, peu après l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982.

[Traduction]

Il est intéressant de signaler qu'il n'y a aucune revendication similaire à l'égard de dispositions non dérogatoires relatives aux droits conférés par la Charte. D'emblée, le gouvernement fédéral estimait que l'adoption de dispositions non dérogatoires relatives aux droits ancestraux et issus de traités était inutile, et il se montrait donc réticent à enchaîner de telles dispositions dans ses lois. Le gouvernement était d'avis qu'il n'y avait pas lieu de répéter dans une disposition législative ce qui était énoncé clairement dans l'article 35, c'est-à-dire que les droits ancestraux et issus de traités étaient désormais protégés par la Constitution, qui est la loi suprême du pays.

Il y avait également des préoccupations d'ordre juridique. Il y a une présomption légale — vous la connaissez — selon laquelle chaque disposition de la loi veut dire quelque chose. À la lumière

this presumption, it was thought there could be a risk the courts could give unintended substantive effect to a non-derogation clause. Despite these concerns, when dealing with specific requests for inclusion of a non-derogation clause, there was sometimes or perhaps generally little in-depth analysis or discussion concerning the intended purpose or effect of such a clause, particularly within the broader context of the body of statutes as a whole. Instead, the issue tended to be dealt with on an ad hoc basis. Calls for an inclusion of a clause or debates over wording were often made late in the legislative process. In the result, the focus was often on avoiding delays to the passage of the bill, rather than on the impact the provision might have on the operation of the legislation. As a result, non-derogation clauses were added to statutes often as a matter of compromise or expediency.

Over the years, 18 federal statutes have been enacted that have included a non-derogation clause. Wording of the clauses has varied over time. It is important to point out that the government's intention, when including these provisions in statutes, has been consistent. These clauses are intended to act as nothing more than a reminder or a flag for those administering the legislation that they must be aware of Aboriginal and treaty rights and act in a way consistent with the Constitutional protection afforded those rights by section 35 of the Constitution Act, 1982.

[Translation]

I have a table of clauses and the statutes in which they appear that I can leave with the committee at the end of this hearing.

[English]

The inclusion of non-derogation clauses in federal legislation came under renewed scrutiny as a result of the 1990 *Sparrow* decision. As indicated previously, in *Sparrow* it was found that Aboriginal and treaty rights could be limited by the government in particular circumstances. The concern was still the same, that from the government's perspective a non-derogation clause could have an unintended substantive effect. In light of *Sparrow*, it became specific. It was considered possible that a non-derogation clause inserted in the statute after the *Sparrow* decision could be interpreted as eliminating the government's ability to argue that a particular infringement is justified under the *Sparrow* test. This would result in more protection for Aboriginal and treaty rights than is provided in section 35.

In response to this concern, over time, the wording of non-derogation clauses was altered to more clearly express the intention of government, that these clauses simply confirm that the legislation is subject to the normal application or operation of section 35. In other words, they are not intended to protect

de ce principe, on croyait que les tribunaux pourraient attribuer à une disposition de non-dérogation un effet sur le fond de la loi qui n'était pas prévu. Malgré ces préoccupations, lorsqu'on était confronté à des demandes spécifiques d'enchâssement d'une disposition de non-dérogation, il y avait parfois ou peut-être généralement peu d'analyses approfondies ou de discussions concernant l'intention ou l'effet d'une telle disposition, en particulier dans le contexte de l'ensemble des lois. On avait plutôt tendance à réagir à ces demandes de façon ponctuelle. De plus, c'était souvent vers la fin du processus législatif qu'on demandait l'adoption d'une disposition ou qu'on lançait un débat sur le libellé. Ainsi, bien souvent, on s'intéressait davantage à éviter des retards dans l'adoption du projet de loi qu'à l'incidence de la disposition sur l'exécution de la loi. Par conséquent, on a souvent enchâssé des dispositions non dérogatoires par compromis ou par souci de célérité.

Au fil des ans, on a promulgué 18 lois fédérales s'assortissant d'une disposition non dérogatoire. Le libellé de ces dispositions a varié avec le temps. Or, il importe de signaler que l'intention du gouvernement, lorsqu'il a incorporé de telles dispositions aux lois, n'a jamais changé. Ces dispositions visent tout au plus à rappeler aux responsables de l'application de la loi qu'ils doivent tenir compte des droits ancestraux et issus de traités et adopter une ligne de conduite compatible avec la protection de ces droits prévue à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

[Français]

J'ai apporté une liste de dispositions de non-dérogation actuelles et des lois fédérales dans lesquelles figurent ces dispositions. Je pourrai la laisser aux membres du comité à la fin de cette séance.

[Traduction]

L'enchâssement de dispositions de non-dérogation dans les lois fédérales a été remis sur la sellette après l'arrêt *Sparrow*, en 1990. Comme je l'ai déjà dit, dans *Sparrow*, le tribunal a conclu que le gouvernement peut limiter les droits ancestraux et issus de traités dans certaines circonstances. La préoccupation était toujours la même : le gouvernement craignait qu'une disposition de non-dérogation ait un effet involontaire sur le fond d'une loi. Or, *Sparrow* faisait la lumière sur cette préoccupation. On considérait qu'il était possible qu'une disposition non dérogatoire enchâssée dans une loi après l'arrêt *Sparrow* soit interprétée comme une disposition qui empêcherait le gouvernement de faire valoir qu'une atteinte au droit serait justifiée selon les critères établis dans *Sparrow*. Ainsi, cela procurerait aux droits ancestraux et issus de traités une protection supérieure à celle qui est prévue à l'article 35.

À la lumière de cette préoccupation, avec le temps, on a modifié le libellé des dispositions de non-dérogation pour veiller à ce qu'elles expriment plus clairement l'intention du gouvernement. Autrement dit, on précise que ces dispositions visent uniquement à confirmer que la loi n'échappe pas à

Aboriginal and treaty rights from being adversely affected by the legislation, if that adverse effect can be justified in accordance with the strict test I outlined earlier.

This small change, or apparent small change in wording, has generated some if not much of the present debate around the purpose and effect of non-derogation clauses. It has brought into sharp focus the widely differing views as to the purpose of these clauses. As previously indicated, the government has considered that all of these clauses are intended to confirm that the particular statute is subject to the operation of section 35. The purpose is to act as a reminder to those administering the legislation and be aware to comply with section 35.

In contrast, some Aboriginal groups consider these clauses are intended to have a substantive impact on the way a statute applies to Aboriginal and treaty rights, and have criticized changes in the wording. It has also regrettably sometimes led to misunderstandings and mistrust between government and some Aboriginal groups with respect to the application of federal laws to Aboriginal and treaty rights. It has also resulted in delays to a passage of a number of bills before Parliament. In the result, however, decisions on the inclusion and wording of non-derogation clauses have continued to be made on an ad hoc basis.

On a more positive note, discussions with interested senators over the years have made clearer what may be behind the calls for non-derogation clauses. In their view, Aboriginal people need to be more involved, through effective consultation, in the development of legislation that may affect their Aboriginal or treaty rights, in order that their concerns can be considered in the drafting of the substantive provisions of a proposed bill. From their prospective, failure to do so means that the only way to adequately protect Aboriginal and treaty rights is to include a non-derogation clause that prevents the legislation from adversely affecting those rights.

[Translation]

The study now being undertaken by this committee is timely. It provides an opportunity to ensure there is a clear understanding of the constitutional framework. It also provides an opportunity to begin informed discussions regarding the policy choice that is key to dealing with this issue.

[English]

The fundamental policy question concerns the relationship between federal legislation and Aboriginal and treaty rights. Our federal laws intended to generally apply and possibly limit those rights provided any limitation can meet the strict justification test

l'application normale de l'article 35 de la Charte. Cela veut dire que ces dispositions ne visent pas à protéger les droits ancestraux et issus de traités contre les effets défavorables de la loi, si cet effet défavorable peut être justifié sur la foi des critères rigoureux que j'ai décrits plus tôt.

Cette modification, légère en apparence ou en réalité, du libellé est à la source de, tout au plus, une grande part du débat actuel sur la pertinence et l'effet des dispositions de non-dérogation. C'est là que s'est précisée la grande divergence d'opinions en ce qui concerne le but de ces dispositions. Comme je l'ai déjà dit, le gouvernement partait du principe selon lequel toutes ces dispositions visent à confirmer que la loi dont il est question est assujettie à l'application de l'article 35. On tient seulement à rappeler aux responsables de l'exécution de la loi qu'ils doivent se plier à l'article 35.

Par contre, certains groupes autochtones estiment que ces dispositions ont un impact réel sur la façon dont la loi s'applique aux droits ancestraux et issus de traités, et ont critiqué les changements apportés à la formulation. Cela a également créé des malentendus et suscité de la méfiance entre le gouvernement et certains groupes autochtones à l'égard de questions touchant l'application des lois fédérales aux droits ancestraux et issus de traités, et c'est bien regrettable. Cela a aussi occasionné des retards dans la promulgation d'un certain nombre de projets de loi présentés au Parlement. Mais il n'en demeure pas moins que les décisions relatives à l'enchâssement et à la formulation des dispositions non dérogatoires continuent d'être prises au cas par cas.

Mais nous pouvons à tout le moins nous réjouir du fait que nos discussions avec des sénateurs intéressés, au fil des ans, nous ont permis de comprendre plus clairement pourquoi certains font appel à l'adoption de dispositions non dérogatoires. Selon eux, il faut mener des consultations efficaces pour veiller à ce que les Autochtones participent davantage à l'élaboration de lois susceptibles d'influer sur leurs droits ancestraux et issus de traités, de façon à ce qu'on puisse tenir compte de leurs préoccupations au moment de rédiger les dispositions de fond d'un projet de loi. À leurs yeux, faute d'une telle consultation, la seule façon de protéger adéquatement les droits ancestraux et issus de traités consiste à enchâsser dans la loi une disposition de non-dérogation qui empêche la loi de porter atteinte à ces droits.

[Français]

L'étude qu'entreprend aujourd'hui le comité est opportune. Elle permet de faire en sorte que le cadre constitutionnel soit bien compris et d'entamer des discussions éclairées sur le choix stratégique de principes et de politiques qui aideront à régler cette question.

[Traduction]

L'enjeu stratégique fondamental concerne la relation entre les lois fédérales et les droits ancestraux et issus de traités. Nos lois fédérales prévoient l'application générale et la restriction éventuelle de ces droits, dans la mesure où toute restriction peut

first set out in *Sparrow*. Or, should Aboriginal and treaty rights effectively be exempt from the application of federal laws?

Put another way, does section 35, which allows limitations on rights if they can be justified, provide adequate protection for Aboriginal and treaty rights, or are there certain circumstances where Aboriginal and treaty rights require additional protection in order to further shield those rights from being affected by federal laws?

If section 35 is considered sufficient protection, a non-derogation clause is unnecessary and should be avoided. If additional protection of rights is thought to be necessary in particular circumstances, however, then a clause that clearly achieves that purpose may be appropriate in those situations.

[Translation]

In considering these questions, it will be necessary to analyze and consider the implications of providing additional protection for Aboriginal and treaty rights. For example, it may have an impact on achieving the reconciliation between Aboriginal and non-Aboriginal Canadians which is the underlying purpose of section 35.

[English]

The Fisheries Act remains the clearest example of where inclusion of a non-derogation clause could have a serious impact on the effectiveness of the legislation and make reconciliation difficult. As you know, the act is a comprehensive regime to manage and preserve the fisheries. Both Aboriginal people and non-Aboriginal people access the fishery. Many Aboriginal groups either have or claim to have Aboriginal and treaty rights to fish that are protected by section 35 of the Constitution Act. The Department of Fisheries seeks to manage the fisheries in ways consistent with the constitutional protection given Aboriginal and treaty rights by balancing the rights, claims and interests of all user groups.

For example, if there are infringements of Aboriginal or treaty rights for conservation purposes, DFO can argue that the infringement is justified. However, it will be more difficult to ensure conservation and continued use of the fishery by all users if no infringement of Aboriginal or treaty rights were ever possible because of the addition of a non-derogation clause to that act.

The implications of including a non-derogation clause are not confined to legislation of general application dealing with natural resources. Legislation relating specifically to Aboriginal people, such as statutes dealing with the management of reserve lands or other assets, or self-government, can raise important issues. This type of legislation may have an impact on Aboriginal or treaty rights, but the interrelationship between the legislation and rights can be complex. Arguably, these complexities are best worked out

satisfaire aux critères de justification rigoureux énoncés dans *Sparrow*. Est-ce que les droits ancestraux et issus de traités devraient tout simplement être exemptés de l'application des lois fédérales?

Autrement dit, est-ce que l'article 35, qui permet de limiter les droits lorsqu'il est justifié de le faire, procure une protection adéquate aux droits ancestraux et issus de traités, ou y a-t-il certaines situations où les droits ancestraux et issus de traités doivent jouir d'une protection supplémentaire contre l'application de certaines lois fédérales?

Si l'article 35 est considéré comme une protection suffisante, alors la disposition de non-dérogation est inutile et devrait être évitée. Si on estime qu'une protection supplémentaire des droits est nécessaire dans certaines situations, alors il peut être indiqué d'établir une disposition qui exerce clairement une telle fonction.

[Français]

Dans le cadre de l'examen de ces questions, il faudra analyser et examiner les implications d'une protection supplémentaire pour les droits ancestraux et issus de traités. Par exemple, une telle protection supplémentaire pourrait avoir un impact sur les efforts visant la conciliation des intérêts des Autochtones et ceux de l'ensemble de la population canadienne, ce qui constitue l'objectif sous-jacent de l'article 35.

[Traduction]

La Loi sur les pêches demeure l'exemple par excellence de situations où l'enchâssement d'une disposition de non-dérogation pourrait miner gravement l'efficacité de la loi et rendre la conciliation plus difficile. Comme vous le savez, cette loi constitue un régime complet de gestion et de préservation des pêches. Or, les Autochtones et les non-Autochtones ont tous accès aux pêches. De nombreux groupes autochtones jouissent de droits ancestraux et issus de traités liés à la pêche protégés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle, ou revendiquent de tels droits. Le ministère des Pêches cherche à gérer les pêches dans le respect de la protection constitutionnelle des droits ancestraux et issus de traités en établissant l'équilibre entre les droits, les revendications et les intérêts de tous les groupes d'utilisateurs.

Par exemple, s'il y a atteinte aux droits ancestraux ou issus de traité pour des fins de conservation, le MPO peut faire valoir que l'atteinte aux droits est justifiée. Cependant, il sera plus difficile d'assurer la conservation des stocks et l'exploitation continue des pêches par tous les utilisateurs si l'enchâssement d'une disposition non dérogatoire dans cette loi interdit toute atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités.

L'incidence des dispositions de non-dérogation ne se limite pas uniquement aux lois d'application générale concernant les ressources naturelles. Les lois qui visent spécifiquement les Autochtones, comme les lois relatives à la gestion des terres de réserve ou d'autres actifs, ou à l'autonomie gouvernementale, peuvent soulever des enjeux importants. Ce type de loi peut influer sur les droits ancestraux ou issus de traités, mais les liens qui unissent la loi et les droits peuvent être complexes. On

in the substantive provisions of the legislation itself through engagement with affected Aboriginal groups, rather than by adding a non-derogation clause at the end of the process.

One legal development since the last presentation to this committee in 2003 that is worth noting is the Supreme Court of Canada's decisions on the duty to consult. To the extent that the major concern is to ensure that the Aboriginal and treaty rights are considered before government decisions are taken that could affect these rights, the decisions in *Taku*, *Haida* and *Mikisew Cree First Nation* are potentially relevant, at least indirectly to the issue of non-derogation clauses. As the court noted in *Haida*, the Crown cannot cavalierly run roughshod over Aboriginal interests when making decisions on the development of natural resources that could adversely affect those interests.

While these cases only provide general guidance on the duty to consult, it means that the protection of Aboriginal and treaty rights is not limited to situations involving established rights or where decisions have already been taken and the adverse impact on rights has already been felt.

Let me address possible approaches.

[Translation]

Depending on the outcome of the deliberations regarding the policy choice I have outlined above, there are a number of approaches that could eventually be considered to avoid the current ad hoc approach of inserting non-derogation clauses in some pieces of legislation, but not others.

[English]

If it is ultimately determined that section 35 provides adequate protection for Aboriginal and treaty rights, inclusion of non-derogation clauses should generally be avoided. It has also been suggested previously and considered by senators that, consistent with such an approach, existing non-derogation clauses be repealed. If this was were considered to still be a possibility, thought might be given to replacing these clauses with a clear declaratory provision in the Interpretation Act.

Even if non-derogation clauses are not to be included in future legislation, there is still room for Aboriginal peoples to be more involved in the development of those legislative initiatives that might affect their rights. In that way, it might be possible for Aboriginal concerns to be considered before legislation is enacted. This could be more effective in dealing with the concerns of Aboriginal people than the inclusion of a non-derogation clause. This would mean that Aboriginal people would not always have to rely on court challenges after a law is passed in order to protect

pourrait faire valoir que le meilleur moyen de composer avec ces liens complexes consiste non pas à ajouter une disposition de non-dérogation à la fin du processus, mais bien à consulter les groupes autochtones concernés en vue de tenir compte de ces préoccupations dans les dispositions de fond de la loi.

Parmi les faits nouveaux sur la scène juridique depuis notre dernier témoignage en 2003, il faut mentionner les décisions de la Cour suprême concernant le devoir de consultation. Dans la mesure où la principale préoccupation consiste à veiller à ce que le gouvernement tienne compte des droits ancestraux et issus de traités avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir une incidence sur ces droits, les décisions prises dans *Taku*, *Haida* et *Première nation crie Mikisew* sont susceptibles d'être pertinentes, ne serait-ce que de façon indirecte, à la question des dispositions de non-dérogation. Comme l'a fait remarquer le tribunal dans *Haida*, la Couronne ne peut traiter cavalièrement les intérêts autochtones lorsqu'elle prend des décisions en matière de mise en valeur des ressources naturelles qui pourraient porter atteinte à ces intérêts.

Ces cas ne fournissent que des directives générales sur le devoir de consultation, mais cela veut dire que la protection des droits ancestraux et issus de traités ne se limite pas uniquement aux situations mettant en cause des droits établis ou des situations où les décisions ont déjà été prises et l'atteinte aux droits a déjà eu lieu.

Laissez-moi vous décrire les approches possibles.

[Français]

Selon le résultat des débats sur le choix stratégique dont j'ai parlé plus tôt, de nombreuses démarches pourront être envisagées pour remplacer l'approche actuelle qui considère uniquement les besoins du moment et qui pourraient permettre l'utilisation d'une disposition de non-dérogation dans certains statuts, mais pas ailleurs.

[Traduction]

Si on détermine, au bout du compte, que l'article 35 protège de façon adéquate les droits ancestraux et issus de traités, l'ajout de dispositions de non-dérogation devrait, de façon générale, être évité. D'ailleurs, on a déjà suggéré que, à la lumière d'une telle conclusion, les dispositions de non-dérogation existantes soient abrogées, et les sénateurs se sont déjà penchés sur cette question. Si une telle avenue est toujours considérée comme envisageable, on pourrait peut-être songer à remplacer ces dispositions par une disposition interprétative claire dans la Loi d'interprétation.

Même s'il ne faut plus incorporer de dispositions non dérogatoires dans les lois à venir, il y a tout de même encore de la place pour ce qui est d'accroître la participation des peuples autochtones à l'élaboration des lois susceptibles d'influer sur leurs droits. Ainsi, on pourrait tenir compte des préoccupations des Autochtones avant de promulguer une loi. Ce serait un moyen plus efficace de donner suite aux préoccupations des peuples autochtones que l'enchâssement d'une disposition de non-dérogation. Cela voudrait dire que les peuples autochtones

their rights. Such an approach may address the view of some Aboriginal groups that it is the lack of consultation that has led to the demand for non-derogation clauses.

A further possibility is to continue to include a non-derogation clause in certain pieces of legislation with wording that is consistent with the government's intention that these clauses only confirm that the statute is subject to the operation of section 35. However, to the extent that such an approach may result in the continuation of the current ad hoc approach and leave open the possibility of the courts ultimately giving a different meaning to the provision, it would not result in a consistent approach or bring clarity to the interpretation of non-derogation clauses, and realistically this is an approach that might not enjoy support.

Alternatively, if it is considered that Aboriginal and treaty rights need additional protection from the effects of federal legislation in certain circumstances, a number of issues would arise for further consideration by this committee and others.

For example, would this additional protection be needed for all legislation that could affect Aboriginal and treaty rights, or only certain types of legislation? If additional protection is only to apply to certain types of legislation, it would be necessary to develop some criteria or framework to identify the kinds of statutes that would attract this added protection.

What appears to be a relatively straightforward matter is in reality quite complex. What appears to be a legal issue concerning the wording of a specific clause in a specific statute raises fundamental questions of policy. The current ad hoc approach, with the potential of delaying passage of legislation and the real possibility of including clauses without proper consideration of their effect, is difficult to sustain. The study being undertaken by this committee will be an important step, not only in helping to resolve this specific issue but also in promoting the overall objective of section 35, which is reconciliation. For these reasons, we welcome this study and your interest in this issue.

[Translation]

I and my colleagues in Justice would be pleased to offer whatever assistance we can in the work of this committee on this important issue.

[English]

Thank you. We will do our best to answer the questions the committee members may have.

The Acting Chairman: Thank you. That was a comprehensive presentation, and I can see interest sparked around the table.

n'auraient pas toujours à se rabattre sur les tribunaux pour protéger leurs droits après la promulgation d'une loi. En adoptant une telle approche, on reconnaîtrait le point de vue de certains groupes autochtones selon lesquels l'absence de consultations est à l'origine de cette insistance sur les dispositions non dérogatoires.

On pourrait aussi continuer à assortir certaines lois d'une disposition de non-dérogation dont le libellé est compatible avec l'intention du gouvernement de préciser que ces dispositions visent uniquement à confirmer que la loi est assujettie à l'article 35. Toutefois, dans la mesure où une telle approche pourrait occasionner le maintien de l'approche ponctuelle actuelle et ouvrir la voie à l'imposition d'une interprétation différente de la disposition par les tribunaux, elle ne permettrait d'assurer ni l'uniformité de l'approche, ni la clarté de l'interprétation des dispositions non dérogatoires, sans compter qu'il n'est peut-être pas réaliste de s'attendre à ce que cette approche jouisse d'un appui solide.

Par contre, si on considère que les droits ancestraux et issus de traités doivent bénéficier d'une protection supplémentaire contre les effets des lois fédérales dans certaines situations, cela soulèverait un certain nombre d'enjeux qui exigerait un examen approfondi de la part de votre comité et d'autres comités.

Par exemple, faudrait-il offrir cette protection supplémentaire à l'égard de toutes les lois susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux et issus de traités, ou seulement à certains types de lois? Si la protection supplémentaire ne doit s'appliquer qu'à certains types de lois, il faudra établir des critères ou un cadre permettant de déterminer quels types de lois doivent prévoir une telle protection supplémentaire.

La chose semble relativement simple, mais, en réalité, c'est un exercice plutôt complexe. Sous ce débat juridique concernant la formulation d'une disposition d'une loi donnée se cachent des enjeux fondamentaux en matière de politiques. L'approche ponctuelle qu'on privilégie actuellement est difficile à justifier, car elle risque de retarder l'adoption de lois et ouvre la voie à l'adoption de dispositions dont l'incidence n'a pas été convenablement évaluée. L'étude qu'entreprend votre comité est une étape importante pour ce qui est non seulement d'aider à régler cette question en particulier, mais aussi de favoriser la réalisation de l'objectif global de l'article 35, c'est-à-dire la conciliation. Pour ces motifs, nous vous félicitons de mener cette étude et de vous intéresser à cette question.

[Français]

Mes collègues du ministère de la Justice et moi serions heureux d'offrir notre aide au comité dans le cadre de son travail à l'égard de cette importante question.

[Traduction]

Merci. Nous ferons de notre mieux pour répondre aux questions des membres du comité.

La présidente suppléante : Merci. C'était un exposé complet, et je vois que vous avez suscité l'intérêt des personnes ici présentes.

Senator Andreychuk: Thank you for the presentation. Having had the benefit of the previous presentation some years ago, I must say that the approach today was reassuring. It put up both sides — the dilemmas and a framework for the issues.

Having been at this table along with many of the rest of you for quite some time, I underscore the fact that I think the non-derogation clauses have had an ad hoc-type attitude to them. I am pleased to see that you highlighted the duty to consult because that is the ultimate problem. Had certain acts taken the Aboriginal issues into account at the start with the consultation, although we would have seen a different piece of legislation, perhaps no piece of legislation, we would have had less discussion at the back of being left out, being worried about what effect it has on us, et cetera. I think it needlessly has done the other — that is, it started to worry others, particularly in fisheries. What does the clause mean, now that you put it in at the end? Does it change what we negotiated with you as stakeholders?

My question is this: Am I understanding your brief that it has been the intent voiced by the Aboriginal community and by respective governments — and there have been a number that I have sat through here — that it was not the intention to extend section 35, that non-derogation clauses were intended to give full force and effect to section 35? That is how I have understood it.

I have not heard Aboriginal groups come forward to say that they see an opportunity by the use of non-derogation clauses to gain further rights. Their position is: We have our rights in section 35 and we want them exercised appropriately.

Am I correct in that summation?

Mr. Saranchuk: I am not an Aboriginal person and cannot attempt to speak for them. I would suggest that the starting point always has to be section 35 of the Constitution Act, 1982, which contains the ultimate bedrock guarantee of Aboriginal and treaty rights. It is a constitutional guarantee that cannot be taken away by legislation. It is viewed from this perspective that non-derogation clauses are unnecessary from a legal perspective. There is no need to add them to legislation because the treaty rights of the Aboriginal peoples are already guaranteed by the Constitution, and the courts, governments and others need to respect and take into account those constitutionally protected rights when acting pursuant to the legislation in question.

The government's intention, as I understand it, in allowing these clauses to be inserted — because it is not always the government that inserts them, of course; it is parliamentarians in certain circumstances — is that they are there to remind people that these constitutional rights exist in pieces of legislation where Parliament or the government have felt it necessary to have those

Le sénateur Andreychuk : Merci de votre exposé. J'ai assisté au témoignage présenté il y a de cela quelques années, et je dois dire que votre façon de faire aujourd'hui m'a rassurée. Vous nous avons montré les deux côtés : vous avez décrit les dilemmes et le contexte dans lequel s'inscrivent les enjeux.

Je suis membre du comité, comme nombre d'entre vous, depuis un bon bout de temps, et je ne peux que convenir du fait que les dispositions de non-dérogation sont élaborées au cas par cas. Je me réjouis du fait que vous ayez mis en lumière le devoir de consultation, car c'est le cœur du problème. Si, à l'égard de certaines lois, on avait tenu compte des préoccupations des Autochtones au moyen de consultations préalables, même si nous aurions peut-être obtenu une loi différente, ou peut-être aucune loi, on entendrait moins de récriminations sur le fait d'être laissé pour compte, moins d'inquiétudes sur l'incidence de ces dispositions, etc. Je crois plutôt qu'on a obtenu l'effet contraire : cela a commencé à inquiéter d'autres intervenants, en particulier dans le domaine des pêches. Quelle est l'incidence de cette disposition, maintenant que vous l'avez ajoutée à la fin? Change-t-elle ce qui a été négocié avec les parties concernées?

Ma question est la suivante : si j'ai bien compris votre exposé, l'intention de la communauté autochtone et des gouvernements — et j'en ai entendu un grand nombre témoigner ici — était non pas d'étendre la protection prévue à l'article 35 au moyen des dispositions non dérogatoires, mais bien plutôt d'insister sur l'application pleine et entière de l'article 35. C'est bien ça? C'est ce que j'ai cru comprendre.

Je n'ai entendu aucun groupe autochtone mettre de l'avant l'idée selon laquelle la disposition de non-dérogation offre la possibilité d'acquérir des droits supplémentaires. La position des groupes autochtones est claire : l'article 35 nous confère des droits, et nous tenons à ce qu'ils soient protégés de façon appropriée.

Ai-je bien résumé votre propos?

M. Saranchuk : Je ne suis pas autochtone, et je ne saurais parler en leur nom. J'avancerais que nous devons toujours partir du principe selon lequel l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 énonce les garanties fondamentales à l'égard des droits ancestraux et issus de traités. Il s'agit d'une garantie constitutionnelle qui ne peut être annulée par une loi. De ce point de vue, on estime que la disposition de non-dérogation est inutile sur le plan juridique. Il n'y a pas lieu d'enchâsser de telles dispositions dans les lois, car les droits issus de traités autochtones sont déjà garantis par la constitution, et les tribunaux, les gouvernements et les autres organes doivent respecter ces droits constitutionnels et en tenir compte lorsqu'ils agissent conformément à la loi dont il est question.

En permettant l'enchâssement de telles dispositions — car, bien sûr, ce n'est pas toujours le gouvernement qui ajoute ces dispositions; ce sont les parlementaires, dans certaines situations — le gouvernement, d'après ce que je comprends, veut rappeler aux gens que ces dispositions sont intégrées aux lois lorsque le Parlement ou le gouvernement estimait qu'il était

reminders, and these are important constitutional rights that need to be respected. In other words, they serve as flags.

It is my understanding that Aboriginal people have sometimes asked for these clauses in situations where they exist because they wish strongly to ensure that their rights are not overlooked in these types of laws and that their place in the constitutional order is not forgotten. When I say that, I am paraphrasing Mr. William Pentney from his appearance before this committee in 2002.

It is quite understandable that Aboriginal peoples might want to have a reminder in legislation of the importance of their Aboriginal and treaty rights as guaranteed by section 35 of the Constitution Act, 1982. It makes sense to be concerned that those rights are respected and protected. Of course, the danger is that, from a strictly legal perspective, there is a strong argument that it is unnecessary to remind anyone that those rights are in place. Section 35 is in the Constitution and it does not get any better or stronger than that.

Senator Andreychuk: That has been one of our difficulties. By putting it in, it is an admission that we have not given full rights to section 35. You are saying that no cases have moved off that position. Rather, they have said that the duty to consult is one of those section 35 rights, if I may put it in a non-legal way.

Mr. Saranchuk: I will answer the first part and turn the second part over to Mr. Pryce.

Perhaps the presentation did not make it clear that, to date, there have been no judicial decisions that consider the impact of a non-derogation clause. We have 18 such clauses in federal statutes, but the courts have not told us what they mean, and that is part of the concern and part of the reason the committee and the honourable senators are considering this question.

Senator Andreychuk: I reinforce that in your brief, inferentially or otherwise, the courts have not gone to non-derogations. Their preoccupation has been with section 35, because it was raised by the applicant or otherwise.

Mr. Saranchuk: That is a good point. Generally, an Aboriginal person or group relying upon rights will not go to a non-derogation clause in any event. Rather, they will go to section 35, which is the constitutional provision that protects their rights. Perhaps Mr. Pryce has a comment on the duty-to-consult point that you made, senator, but it is an important duty that the government takes seriously.

Charles Pryce, Senior Counsel, Aboriginal Law and Strategic Policy, Department of Justice Canada: I will add to Mr. Saranchuk's comments.

nécessaire de rappeler aux gens que ces droits constitutionnels existent, et qu'il importe de respecter ces droits constitutionnels essentiels. Autrement dit, elles servent de rappels.

Je crois savoir que les peuples autochtones ont parfois demandé que de telles dispositions soient adoptées parce qu'ils tenaient mordicus à ce qu'on tienne compte de leurs droits dans l'application de ces lois et qu'on ne perde pas de vue la place que leur confère la constitution. Lorsque je dis cela, je ne fais que paraphraser les propos tenus par M. William Pentney lors de sa comparution devant votre comité en 2002.

On peut aisément comprendre que les peuples autochtones veuillent qu'on enchaîsse dans les lois un rappel de l'importance de leurs droits ancestraux et issus de traités prévus à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. On peut comprendre qu'ils soient préoccupés par le respect et la protection de ces droits. Bien sûr, du point de vue strictement juridique, il serait tout à fait raisonnable de faire valoir qu'il est inutile de rappeler à tout le monde que ces droits existent. L'article 35 est dans la constitution, on pourrait difficilement lui conférer une position plus solide.

Le sénateur Andreychuk : C'est là l'une de nos difficultés. En intégrant un rappel, nous reconnaissions que nous n'avons pas pleinement reconnu les droit prévus à l'article 35. Vous dites qu'il n'y a pas eu de cas où on s'éloigne de cette position. Je dirais plutôt qu'on a dit que le devoir de consultation compte parmi les droits prévus à l'article 35, si vous me permettez d'exprimer cela en termes non juridiques.

M. Saranchuk : Je vais répondre à la première partie de la question, et je céderai la parole à M. Pryce pour la deuxième.

Je n'ai peut-être pas précisé clairement, dans mon exposé, que, jusqu'à maintenant, aucun tribunal n'a été invité à se pencher sur l'impact d'une disposition de non-dérogation. On trouve 18 dispositions de ce genre dans les lois fédérales, mais les tribunaux ne nous ont pas dit ce qu'elles signifient, et cela explique en partie les préoccupations, et la raison pour laquelle le comité et les honorables sénateurs se penchent sur cette question.

Le sénateur Andreychuk : Je répète que, dans votre exposé, vous n'avez jamais laissé entendre ni mentionné d'autres façons que les tribunaux ne s'étaient pas penchés sur les dispositions de non-dérogation. Ils se sont attachés à l'article 35, car c'est l'article invoqué par le demandeur.

M. Saranchuk : Vous avez raison. En général, une personne ou un groupe autochtone qui veut faire valoir ses droits ne va en aucun temps invoquer une disposition de non-dérogation. Ces personnes ou groupes vont plutôt invoquer l'article 35, car c'est la disposition constitutionnelle qui protège leurs droits. M. Pryce voudrait peut-être dire quelques mots au sujet du droit de consultation, madame le sénateur, mais je me contenterai de vous dire que c'est un devoir important, et que le gouvernement ne le prend pas à la légère.

Charles Pryce, avocat-conseil, Droit des Autochtones et politiques stratégiques, ministère de la Justice Canada : J'ajouterais quelques commentaires aux propos de M. Saranchuk.

The duty to consult is extremely important and is an aspect of honour of the Crown. Relatively speaking, it is quite a new development in the law. Precisely how it fits within the constitutional framework — it is not set out in section 35 but it is a way in which the courts are interpreting what that protection means. Certainly, it is linked to the operation of section 35. Whether it is a constitutional duty or whether it goes beyond consultation around section 35 rights, those issues have not yet been dealt with by the courts. I suspect there might be some differences of view as to the full scope of this duty to consult. It is one of those issues or concepts in the early days of development.

Senator Andreychuk: I understand that in their respective interpretation acts, Saskatchewan has a non-derogation clause and Manitoba has a slightly different one, but they have not been tested, per se.

Mr. Saranchuk: It is my understanding as well that those clauses have not been tested in the courts.

Senator Andreychuk: What would your view be of such a clause in the Canada Evidence Act or in the Interpretation Act?

Mr. Saranchuk: I would begin by saying that I do not claim to be an expert on statutory interpretation; it might be that others are better brought before you from the Department of Justice to answer that question. Having said that, if it were clear that the clause were in place as a declaratory provision and not to top up the protection for those rights, then there might be a strong argument that at the very least it would prohibit the time and effort that goes into considering whether to include non-derogation clauses in the ad hoc approach that currently exists.

As you have pointed out, senator, and as we have tried to make clear as well that perhaps the better way to go about this is through the consultation process, whereby concerns are reflected and dealt with in the legislative process at the front end as opposed to the back end of the process.

I am not sure if that answers your question, but one of the concerns about any non-derogation clause, whether it be in the Interpretation Act or elsewhere, is that we do not place too much faith in such a clause to solve all the potential difficulties and concerns that Aboriginal peoples might bring forward.

Senator Adams: I heard you speak to treaty rights and the non-derogation clause. When Nunavut settled its land claim, we lost our treaty rights. We have no more treaties so we are just like the rest of Canadians. We are concerned about non-derogation clauses given the great amount of exploration in mining, oil and gas in the North. Since we settled our land claims, we have had

Le devoir de consultation est extrêmement important, et c'est pour la Couronne une question d'honneur. Il faut avouer que c'est un fait relativement nouveau du droit. La place précise de ce devoir dans le cadre constitutionnel — il n'est pas décrit à l'article 35, mais il reflète une façon dont les tribunaux interprètent la protection prévue. Il est certainement lié à l'application de l'article 35. Pour ce qui est de déterminer s'il s'agit d'un devoir constitutionnel ou d'une obligation qui va au-delà de la consultation touchant les droits prévus à l'article 35, les tribunaux n'ont pas encore été saisis de ces questions. Je suppose qu'il y a peut-être des divergences de point de vue quant à la portée de ce devoir de consultation. On ne fait que commencer à définir ces enjeux ou concepts.

Le sénateur Andreychuk : Je crois savoir que, dans leurs lois d'interprétation respectives, la Saskatchewan a adopté une disposition de non-dérogation, et le Manitoba en a adopté une aussi, quoique légèrement différente, mais on ne les a pas mises à l'épreuve.

M. Saranchuk : Je crois savoir également que ces dispositions n'ont pas été mises à l'épreuve devant les tribunaux.

Le sénateur Andreychuk : Que penseriez-vous de l'enchâssement d'une telle disposition dans la Loi sur la preuve au Canada ou dans la Loi d'interprétation?

M. Saranchuk : Tout d'abord, laissez-moi préciser que je ne prétends pas être un expert de l'interprétation des lois. Il est peut-être préférable que d'autres représentants du ministère de la Justice soient invités à répondre à cette question. Cela dit, si on précisait clairement qu'il s'agit de dispositions à caractère interprétatif et qu'elles ne visent aucunement à offrir une protection accrue à l'égard de ces droits, alors on pourrait certainement faire valoir, à tout le moins, que cela nous empêcherait de perdre du temps et de l'énergie à déterminer, au cas par cas, si on doit établir des dispositions de non-dérogation, comme c'est le cas à l'heure actuelle.

Comme vous l'avez signalé, sénateur, et comme nous avons tenté de le préciser aussi, la meilleure façon de procéder consiste peut-être à recourir à un processus de consultation qui nous permettrait de prendre connaissance des préoccupations et d'en tenir compte non pas à la fin du processus législatif, mais bien au début.

Je ne suis pas certain de bien répondre à votre question, mais l'une de nos préoccupations au sujet de la disposition de non-dérogation, qu'elle soit enchâssée dans la Loi d'interprétation ou ailleurs, c'est que nous ne croyons pas vraiment à la capacité d'une telle disposition de régler toutes les difficultés et les préoccupations éventuelles dont pourraient faire état les peuples autochtones.

Le sénateur Adams : Je vous ai entendu parler de droits issus de traités et de la disposition non dérogatoire. Quand le Nunavut a réglé sa revendication territoriale, nous avons perdu nos droits issus de traités. Nous n'avons plus de traités, alors nous sommes comme tous les autres Canadiens. Nous sommes préoccupés par les dispositions de non-dérogation, vu l'ampleur des activités

only two bills passed by Parliament. One was on the water board surface rights and the other was with the Department of Justice.

Does this non-derogation clause apply only to people living on reserves or in areas where land claims have not been settled? Some settlements are still in the process with First Nations still fighting for their land claim agreements.

You mentioned fishing rights. Nunavut has commercial fishing rights but we recognize that we have no power with those rights because even if we settle a land claim, we do not have a treaty. I am concerned with the non-derogation clause because the Minister of Fisheries and Oceans retains the power. Even when bills have been passed, if there is such a clause, the commercial fisheries could come back and say they do not like the bill. You can change it. I want to ensure that the non-derogation clause does not badly affect Aboriginal rights and that ministers and commercial operations cannot change the clauses in bills that have been passed by Parliament.

Can you explain how that works between the Inuit, land claims, Nunavut and the rest of Canada?

Mr. Saranchuk: You are raising questions around Nunavut. It is true that the Nunavut comprehensive claim is unlike the other comprehensive claims. I understand that it created a public order of government that is unlike the Nisga'a agreement or other self-government agreements. Senator, you are asking questions about the minister's ability to do certain things but I am not in a position to answer those questions. I am not an expert on that.

However, Mr. Pryce might have some views on that.

Mr. Pryce: I have some general comments. Of course, as you say, there is the Nunavut land claim which is a treaty and the rights contained in that treaty are protected under section 35 of the Constitution, so they engage all the constitutional protections. It is my understanding that in developing legislation to implement that land claim, much consultation occurred with representatives from Nunavut and from the treaty beneficiaries. Such consultation might not always result in an agreed piece of legislation, but I understand there is close consultation.

I recall that, similar to other land claims agreements and legislation, there is a kind of primacy that the land claims agreement prevails over inconsistent legislation. The implementation legislation and the agreement prevail in the event of inconsistencies with other federal legislation, so there is a

d'exploration minière, pétrolière et gazière dans le Nord. Depuis le règlement de nos revendications territoriales, seulement deux de nos projets de loi ont été adoptés par le Parlement. L'un deux concernait l'Office des eaux et les droits de surface, et l'autre, le ministère de la Justice.

Cette disposition de non-dérogation s'applique-t-elle uniquement aux personnes vivant dans les réserves ou dans les régions où les revendications territoriales ne sont pas réglées? Certains règlements sont toujours en cours avec des Premières nations qui luttent toujours pour conclure un accord relativement à leurs revendications territoriales.

Vous avez mentionné les droits de pêche. Le Nunavut jouit de droits au chapitre de la pêche commerciale, mais nous reconnaissons que ces droits ne nous confèrent aucun pouvoir, même si nous réglons une revendication territoriale, car nous n'avons pas de traité. Je suis préoccupé par la disposition de non-dérogation, car le ministre des Pêches et des Océans conserve le pouvoir. Même lorsque les projets de loi sont adoptés, s'il y a une telle disposition, les pêcheries commerciales pourraient revenir et dire qu'elles n'aiment pas le projet de loi. Vous pouvez le changer. Je veux veiller à ce que la disposition de non-dérogation n'ait pas d'effet négatif sur les droits des Autochtones, et à ce que les ministres et les sociétés commerciales ne puissent changer les dispositions de projets de loi promulguées par le Parlement.

Pourriez-vous nous expliquer comment cela fonctionne, entre les Inuits, les revendications territoriales, le Nunavut et le reste du Canada?

M. Saranchuk : Vous soulevez des enjeux concernant le Nunavut. Il est vrai que la revendication globale du Nunavut ne se compare pas aux autres revendications globales. Je crois savoir que le règlement a mené à la création d'un ordre de gouvernement public différent de ce qu'on a vu dans le cadre de l'accord Nisga'a ou d'autres accords relatifs à l'autonomie gouvernementale. Sénateur, vous posez des questions au sujet de la capacité du ministre de faire certaines choses, mais je ne suis pas bien placé pour répondre à de telles questions. Je ne suis pas un expert en la matière.

Toutefois, M. Pryce a peut-être quelque chose à dire sur le sujet.

M. Pryce : J'ai quelques commentaires généraux. Bien sûr, comme vous l'avez dit, il y a la revendication territoriale du Nunavut, qui est un traité, et les droits contenus dans ce traité sont protégés en vertu de l'article 35 de la Constitution, alors toutes les protections constitutionnelles s'appliquent. Je crois savoir que l'élaboration de lois pour mettre en œuvre cette revendication territoriale a fait l'objet de consultations étendues auprès de représentants du Nunavut et des bénéficiaires de traité. Une telle consultation ne mène peut-être pas toujours à un accord sur le contenu d'une loi donnée, mais je crois savoir qu'il y a une consultation constante.

Je me souviens que, à l'instar des autres accords et lois sur les revendications territoriales, il y a une sorte de primauté de l'accord relatif aux revendications territoriales sur une loi incompatible. La loi de mise en œuvre et l'accord l'emportent lorsqu'il y a disparité avec d'autres lois fédérales, alors il y a une

hierarchy of the agreement and the implementation act and other laws, which is not easily upset from the point of view of other laws coming in that could adversely affect the rights protected in the Nunavut land claims agreement.

I do recall around the surface rights legislation a concern about a non-derogation clause that was put in, a very technical clause. There was some concern that it might be unhelpful from the Inuit's perspective. In the end, that clause was dropped from the legislation.

Senator Adams: In our agreement with Canada, we have two titles. You have one for the people living off the land in Nunavut. Outside of that, there is one with the Minister of Indian Affairs and Northern Development for the federal government. That is why I have a little difficulty sometimes. If the issue is one of mining or oil and gas, you have to negotiate 100 per cent with the local people, as long as the area is within Nunavut, because the land claim agreement covers that surface area. Nunavut is made up of 1,900,000 square kilometres. Currently, a number of companies are leasing almost the whole land up there.

In the area around Cambridge Bay, mining companies are operating on Nunavut land. We now have a partnership with those guys who own 100 per cent of that area for mining — there is a partnership between the people and the companies. As part of the agreement, the companies have to say how they will operate any mine they build; and if there is any environmental damage in the future, they need to have insurance to cover that. I want to ensure that we can do that in Nunavut.

Mr. Pryce: To the extent that development might take place within the land claims area, I am not an expert on the Nunavut land claims agreement, but I am assuming there are fairly comprehensive terms that would be brought into play in order to determine how that development would take place. It would take place principally in accordance with the terms of the agreement, which, as I say, contains treaty rights, which the courts have said are solemn agreements that the government is required to implement.

Senator Adams: We want to be included. The only thing I was worried about is that we might not have a say.

The Acting Chairman: Mr. Saranchuk was making the point that the Nunavut agreement itself is a treaty, so you are protected under section 35 that way.

Senator Joyal: This will remind of us of how many times we labour on the issue of impact of legislation over Aboriginal rights, be they from treaties or from ancestral rights.

hiérarchie régissant l'accord et la loi de mise en œuvre et les autres lois, et on ne peut aisément passer outre à cette hiérarchie en promulguant des lois qui pourraient avoir un effet défavorable sur les droits protégés dans le cadre de l'accord sur les revendications territoriales du Nunavut.

Je me souviens des préoccupations soulevées par une disposition de non-dérogation, une disposition très technique dans le cadre des travaux législatifs touchant les droits de surface. On craignait que cette disposition ne nuise aux Inuits. Finalement, on a abandonné cette disposition.

Le sénateur Adams : Dans notre accord avec le Canada, nous avons deux titres. Il y en a un pour les gens qui tirent leur subsistance des ressources naturelles du Nunavut. L'autre est pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien du gouvernement fédéral. C'est pourquoi j'ai un peu de difficulté parfois. S'il s'agit d'activités minières, pétrolières ou gazières, il faut négocier à 100 p. 100 avec les autorités locales, dans la mesure où le secteur visé fait partie du Nunavut, car l'accord sur les revendications territoriales englobe ce secteur. Le territoire du Nunavut fait 1 900 000 kilomètres carrés. À l'heure actuelle, un certain nombre de sociétés ont pris à bail la presque totalité des terres.

Dans le secteur qui entoure Cambridge Bay, des sociétés minières exercent leurs activités sur le territoire du Nunavut. Nous avons établi un partenariat avec ces gens, qui sont propriétaires à 100 p. 100 de cette zone d'exploitation minière — il y a un partenariat entre les gens et les sociétés. Dans le cadre de l'entente conclue, les sociétés doivent dire de quelle façon elles comptent exploiter toute mine qu'elles bâtissent; et elles doivent souscrire une assurance pour couvrir les dommages environnementaux éventuels. Je veux veiller à ce que nous puissions faire cela au Nunavut.

M. Pryce : Dans la mesure où des activités d'exploitation des ressources peuvent avoir lieu sur le territoire visé par les revendications territoriales, je ne suis pas un expert de l'accord sur les revendications territoriales du Nunavut, mais je suppose que de telles activités seraient assujetties à des conditions plutôt exhaustives. Elles s'inscriraient principalement dans le contexte des modalités de l'accord, lequel, comme je l'ai déjà dit, englobe les droits issus de traité, et les tribunaux ont déclaré qu'il s'agit d'accords solennels que le gouvernement est tenu de respecter.

Le sénateur Adams : Nous voulons participer. La seule chose qui m'inquiétait, c'était la possibilité qu'on ne nous consulte pas.

La présidente suppléante : M. Saranchuk a fait valoir que l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut est en soi un traité, de sorte que vous êtes protégé en vertu de l'article 35.

Le sénateur Joyal : Cela va nous rappeler les nombreuses fois où nous avons peiné sur la question de l'impact de la loi sur les droits des Autochtones, qu'il s'agisse de droits issus de traité ou de droits ancestraux.

We are restarting the process, and I would like to come back to *Sparrow*, to try to understand its scope. The evolution of this issue, to me, is such that it really is *Sparrow* that gave the government the opportunity to review the “scope” of section 35.

I wish to read some quotes from *Sparrow*. I do not know if you have the decision with you.

Mr. Saranchuk: I do not have it before me, but I have a summary.

Senator Joyal: I do not want to push you to answer; if you are not ready, I can understand that. I should like to put this on the record because I think it is important. It is page 1077 of the decision of 1990. Of course, *Sparrow* was concerned with the issue of fishing permits, as senators will remember. The court says the following:

These fishing permits were simply a manner of controlling the fisheries, not of defining underlying rights. Historical policy on the part of the Crown can neither extinguish the existing aboriginal right without clear intention, nor, in itself, delineate that right. The nature of government regulations cannot be determinative of the content and scope of an existing aboriginal right. Government policy can, however, regulate the exercise of that right but such regulation must be in keeping with s. 35(1).

Then the court continues, at page 1078:

The first question to be asked is whether the legislation in question has the effect of interfering with an existing aboriginal right.

Then at page 1079:

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue: the honour of the Crown in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginal people must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. There must be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery

In your presentation, you said that the limitation can be justified and that is how you concluded that there might be limits to section 35 in certain circumstances. It has to meet those two tests, the way I read *Sparrow*, unless I am mistaken in my reading of it.

The second question is as important as the first. In other words, you cannot be justified in trying to regulate the exercise of a right unless you have met the test of the honour of the Crown. The test of the honour of the Crown is as important as the first question. The court says there must be a link between the question

Nous relançons le processus, et j'aimerais revenir sur *Sparrow* pour essayer d'en comprendre la portée. À mes yeux, l'évolution de cette question tient vraiment à *Sparrow*, car cet arrêt a donné au gouvernement l'occasion d'examiner la « portée » de l'article 35.

J'aimerais vous lire quelques extraits de *Sparrow*. J'ignore si vous avez cette décision avec vous.

M. Saranchuk : Je ne l'ai pas sous les yeux, mais j'ai un résumé.

Le sénateur Joyal : Je ne veux pas vous pousser à répondre; si vous n'êtes pas prêt, je vais comprendre. Je tiens seulement à ce que cela figure au compte rendu, car je crois que c'est important. Cette citation est à la page 1077 de la décision rendue en 1990. Bien sûr, dans *Sparrow*, on s'intéressait — les sénateurs s'en souviendront — à la question des permis de pêche. Le tribunal a déclaré ce qui suit :

Ces permis de pêche constituaient simplement une façon de contrôler les pêcheries et non de définir des droits sous-jacents. La politique historique de Sa Majesté ne permet pas d'éteindre le droit ancestral existant en l'absence d'intention claire en ce sens ni ne permet en soi de délimiter ce droit. La nature de règlements gouvernementaux ne saurait être déterminante quant au contenu et à la portée d'un droit ancestral existant. La politique gouvernementale peut toutefois réglementer l'exercice de ce droit, mais cette réglementation doit être conforme au paragraphe 35(1).

Et il dit ensuite ce qui suit, à la page 1078 :

La première question à poser est de savoir si la loi en question a pour effet de porter atteinte à un droit ancestral existant.

Enfin, à la page 1079 :

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification : l'honneur de Sa Majesté lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les Autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. Il doit y avoir un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche.

Dans votre exposé, vous avez dit que la limite imposée à un droit peut être justifiée, et c'est pour cette raison que vous avez conclu qu'on peut limiter l'application de l'article 35 dans certaines situations. Elle doit satisfaire à ces deux critères, si je comprends bien ce qu'on dit dans *Sparrow*, à moins que je ne l'aie mal interprété.

La deuxième question est aussi importante que la première. Autrement dit, on ne peut justifier la réglementation de l'exercice d'un droit que si le critère de l'honneur de Sa Majesté est respecté. Le critère de l'honneur de Sa Majesté est aussi important que le premier facteur. Le tribunal dit qu'il doit y avoir un lien entre la

of justification, which is the objective of the legislation, and the allocation of priorities in the fishery. In other words, the government has an obligation to negotiate in good faith.

That is the way I read the *Haida* case of 2003, which you refer to in your presentation. To me, it confirms the second question of *Sparrow*. It came 13 years later — the *Haida* case is from 2003 — but in *Haida* the court was adamant in establishing the obligation to prior consultation and negotiation to resolve issues that Aboriginal people might have with the legislation. The court did not say they have to agree, but the court says the honour of the Crown commends that you establish, first, consultation and you negotiate an agreement, as much as possible. The court will look into the way the consultation and the negotiation have taken place to conclude if they would accept the limitation or not.

I am looking at my colleague, Senator Nolin. He will remember that, recently, the Court of Appeal of Quebec, on the issue of the North Shore forest that a private company wanted to exploit, granted the injunction to the Aboriginal people on the basis that there has not been prior consultation or negotiation in good faith.

As you will know, negotiation involves more than just sending a notice to inform a party that you will introduce legislation two months later. Negotiation is much more than that. To me, if we are to proceed on the basis that, since we have met the last time, there has been progress in the court on interpreting the scope of section 35, we would have to obtain a protocol of consultation from the justice department. What is the approach? In other words, what are the guidelines the justice department would have developed in the legislative process that must be followed before the legislation is introduced in Parliament?

That is a question that we might ask the department, much as we ask the department whether the bill is Charter-proof according to section 11 — in other words, does the bill satisfy the specific obligation and duty that the honour of the Crown insists takes place as a process before moving on with the legislation?

I look to my colleagues across the table. Senators Bryden, Andreychuk, Nolin and Fraser and I were discussing the amendments to the Criminal Code in reference to animal cruelty. I think you will remember how much we laboured with that issue. Essentially, one of our major “quarrels” with the bill as it was introduced at that time was that there was no evidence that the Justice Department has really consulted and tried as much as possible to come to terms with it.

As a result of the Senate’s refusal of the bill many times, finally the justice department came up with a proposal. You were part of that negotiation, but you will understand that we were trying to push the department to do it, which I think is not the right approach if we are to solve this problem of the guidelines. The

question de la justification, c'est-à-dire l'objectif de la loi, et l'établissement des priorités liées aux pêches. En d'autres mots, le gouvernement est tenu de négocier de bonne foi.

C'est de cette façon que j'interprète l'affaire *Haida* de 2003, que vous avez mentionnée dans votre exposé. Selon moi, elle confirme le propos sur le deuxième facteur dans *Sparrow*. Cette décision a été rendue 13 ans plus tard — l'affaire *Haida* a eu lieu en 2003 —, mais, dans *Haida*, le tribunal tenait à établir l'obligation de négociation et de consultation préalables pour tenir compte des préoccupations éventuelles des peuples autochtones à l'égard de la loi. Le tribunal n'a pas dit qu'il faut obtenir leur accord, mais il dit que, à la lumière du critère de l'honneur de Sa Majesté, vous devez, dans la mesure du possible, commencer par tenir des consultations et négocier un accord. Le tribunal examinera la façon dont la consultation et la négociation ont été menées, et déterminera si la limite imposée aux droits est acceptable.

Je regarde mon collègue, le sénateur Nolin. Il se souviendra que, tout récemment, la Cour d'appel du Québec, concernant une forêt de la Côte-Nord qu'une entreprise privée voulait exploiter, a accordé une injonction aux Autochtones en faisant valoir qu'il n'y avait eu ni consultation ni négociation de bonne foi.

Vous n'êtes pas sans savoir que la négociation va bien au-delà de la simple signification d'un avis pour informer une partie de votre intention de présenter un projet de loi deux mois plus tard. La négociation, c'est bien plus que ça. Selon moi, si nous partons du principe selon lequel, depuis notre dernière rencontre, il y a eu des progrès en ce qui concerne l'interprétation de la portée de l'article 35 par les tribunaux, nous devrions obtenir un protocole de consultation du ministère de la Justice. Quelle est la démarche? En d'autres mots, quelles sont les lignes directrices obligatoires que le ministère de la Justice aurait mises au point et intégrées au processus législatif préalable au dépôt du projet de loi devant le Parlement?

C'est une question que nous pourrions poser au ministère, de la même façon que nous lui demandons si le projet de loi résisterait à un examen fondé sur la Charte, en vertu de l'article 11 — autrement dit, est-ce que le projet de loi respecte l'obligation spécifique et le devoir propres à l'honneur de Sa Majesté, qui doivent être exécutés avant qu'on passe à la promulgation d'une loi?

Je regarde mes collègues ici présents. Les sénateurs Bryden, Andreychuk, Nolin et Fraser et moi-même discutons des modifications du Code criminel relatives à la cruauté envers les animaux. Je crois que vous vous rappellerez tout le mal que nous nous sommes donné à l'égard de cette question. Essentiellement, l'une de nos principales critiques à l'égard du projet de loi présenté à ce moment-là tenait au fait que le ministère de la Justice ne semblait pas vraiment avoir tenté de tenir des consultations et d'en arriver à des solutions concertées.

Devant les nombreux refus opposés au projet de loi par le Sénat, le ministère de la Justice a fini par mettre au point une proposition. Vous avez pris part à cette négociation, mais vous comprendrez que nous tentions d'inciter le ministère à le faire, et je ne crois pas que ce soit la meilleure façon de régler ce problème

protocol and consultation has been well established in the development of policy, or legislation. Sooner or later, the matter will come to court if we cannot agree on this.

It seems to me that there is a need to clearly establish the scope of *Sparrow* and then the framework if we are to come to terms with this issue on the basis of the decisions of the court. The way I read it, it is an obligation; it is not just a wish. It has to be met. We should look into the cases. The case I am thinking of is from the Quebec Court of Appeal, which granted the injunction. I do not know if you remember the names of the parties. I do not remember. I do not have the case before me. The court in Quebec applied the decision of *Haida*.

We need to better define this obligation if we are to share an approach on section 35, which assures the Aboriginal people that they will need to protect themselves *ex post facto*, that we try to correct the perception, the fear, or the questions that have not been answered by the Aboriginal people.

What can you do to help us move forward in the preparation of our own report? I am thinking of the report we should be putting forward to Parliament, or to the Senate, at least, because we are commissioned by the Senate to do this.

The Acting Chairman: I want to point out that the Supreme Court of Canada has now mandated that there is a duty to consult.

Senator Nolin: We are asking you as the justice department, but you are also legal advisers to the government, so that includes the other departments. Let us put the question from a different angle.

What are departments asking you in that regard? Are they asking you questions? Are they consulting you on what they should do? What kinds of answers are you giving those departments? We can talk about fisheries, energy, natural resources and other departments' responsibilities.

As legal advisers of the government, what questions are being asked of you and what answers are you providing to those public officers who want to do a good job? I presume they are acting in good faith and that they want do their job properly. No one wants to have their new law end up in court and be squashed by the Supreme Court of Canada and have to go back to the drawing board.

This is just to frame the question that Senator Joyal is putting to you.

Mr. Saranchuk: There is a lot of material here, and we will do our best to answer your questions. I also want to state, before I answer Senator Nolin's questions, that Senator Joyal is right that the starting point is the *Sparrow* test and that the government must meet the test that is there as set out. I would hasten to add that the *Sparrow* test has evolved somewhat. There are certain other cases that have come along behind it.

de lignes directrices. Le protocole et la consultation sont bien intégrés au processus d'élaboration de politique ou de loi. Tôt ou tard, si nous n'arrivons pas à nous entendre sur cette question, les tribunaux devront trancher.

J'ai l'impression qu'il faut clairement établir la portée de *Sparrow* et circonscrire le cadre de travail afin que nous puissions faire le point sur cette question à la lumière des décisions du tribunal. Selon mon interprétation, il s'agit non pas d'un souhait, mais bien d'une obligation. C'est quelque chose qu'il faut respecter. Nous devrions examiner les affaires. Cela me fait penser à la décision de la Cour d'appel du Québec d'accorder l'injonction. Je me demande si vous vous souvenez du nom des parties. Je ne m'en souviens plus. Je n'ai pas cette décision sous la main. Ce tribunal québécois a appliqué la décision rendue dans *Haida*.

Nous devons mieux définir cette obligation afin de convenir, à l'égard de l'article 35, d'une approche qui assure les peuples autochtones du fait qu'ils devront se protéger après coup; nous devons tenter de corriger leur perception, d'atténuer leurs craintes et de répondre à leurs questions qui sont demeurées sans réponse.

Que pouvez-vous faire pour nous aider à aller de l'avant dans la préparation de notre rapport? Je songe au rapport que nous devrions présenter au Parlement, ou au moins au Sénat, car c'est le Sénat qui nous a ordonné de procéder à cet examen.

La présidente suppléante : Je tiens à signaler que la Cour suprême du Canada impose désormais un devoir de consultation.

Le sénateur Nolin : Nous vous posons la question à titre de représentants du ministère de la Justice, mais vous agissez également à titre de conseiller juridique auprès du gouvernement ce qui englobe les autres ministères. Je vais donc formuler la question différemment.

Que vous demandent les ministères à cet égard? Est-ce qu'ils vous posent des questions? Est-ce qu'ils vous demandent ce qu'ils devraient faire? Quelles sortes de réponses fournissez-vous à ces ministères? Nous pouvons parler des pêches, de l'énergie, des ressources naturelles et d'autres responsabilités ministérielles.

Lorsque vous agissez à titre de conseillers juridiques du gouvernement, quelles questions vous pose-t-on? Quelles réponses fournissez-vous à ces fonctionnaires qui veulent faire du bon travail? Je présume qu'ils agissent de bonne foi et qu'ils veulent bien faire leur travail. Après tout, qui veut voir sa nouvelle loi contestée devant les tribunaux et annulée par la Cour suprême du Canada et devoir retourner au point de départ?

Je ne dis cela que pour décrire le contexte dans lequel s'inscrit la question du sénateur Joyal.

M. Saranchuk : Il y a beaucoup de matière, et nous ferons de notre mieux pour répondre à vos questions. Je tiens également à signaler, avant de répondre aux questions du sénateur Nolin, que le sénateur Joyal a raison d'affirmer que les critères énoncés dans *Sparrow* constituent le point de départ, et que le gouvernement doit satisfaire à ces critères. Et je m'empresse d'ajouter que les critères énoncés dans *Sparrow* ont connu une certaine évolution. En effet, certaines affaires qui ont suivi ont fait avancer les choses.

Senator Joyal: Could you tell the committee, for its future consideration, how you interpret the *Sparrow* case and the other cases? What is the understanding that the justice department has from the *Sparrow* case on the question and the test to be met in order to respect section 35?

Mr. Saranchuk: I will turn that over to Mr. Pryce, who is more of an expert on the *Sparrow* test than I.

In reference to Senator Nolin's question, I would add that we do give daily advice, as the Department of Justice, on an ongoing basis to other government departments, in terms of how to meet their rights and responsibilities vis-à-vis the Aboriginal peoples. The government takes those rights and responsibilities seriously, including this new, if you will, duty to consult, which has recently been set out in full by the Supreme Court in those cases I mentioned.

Senator Nolin: From your answer, I take it that you have developed some kind of a formula, a framework, a process that you are advising those departments to follow.

Mr. Saranchuk: We interpret those cases for the other government departments and we provide them ongoing legal advice based on the fact situation they bring to us. That is our job. Each fact situation is different, as you well know. I will, with that, turn it over to Mr. Pryce.

Senator Andreychuk: It is a judgment call that could be questioned later. If you say "timely" means I will give them six months, and we will sit down and consult, there is still the meaningful way it should be consulted, et cetera. Prior to the *Sparrow* test, there was really no test on what is fair and what is not. They put out some general parameters.

Mr. Saranchuk: That is correct.

Senator Andreychuk: However, it is still not judgment-proof, as we say.

Mr. Saranchuk: I would add, as an overarching thought, with which you are all familiar, that Aboriginal law is really a new area of the law, notwithstanding the fact that the Aboriginal peoples have been here since time immemorial. This area of the law is relatively new in comparison to constitutional law, administrative law or criminal law, and there are still vast areas that remain to be filled in. It is fluid and complex, as you know, so we will undoubtedly receive further clarification with respect to what is the duty to consult. That question will continue to come up in different fact situations where, as Senator Andreychuk said, "meaningful" will be litigated.

I shall turn this over to Mr. Pryce so that he can further enlighten us.

Mr. Pryce: It seems to me we are on two tracks here. There is the meaning of the *Sparrow* test — after an established right has been proven, and after the Aboriginal accused or the Aboriginal group has shown that there is an infringement, the burden

Le sénateur Joyal : Pourriez-vous dire au comité, aux fins de son examen, comment vous interprétez l'arrêt *Sparrow* et les autres qui ont suivi? Comment le ministère de la Justice interprète-t-il l'arrêt *Sparrow* et les critères auxquels il faut satisfaire pour respecter l'article 35?

M. Saranchuk : Je cède la parole à M. Pryce, dont l'expertise à l'égard de l'arrêt *Sparrow* est bien supérieure à la mienne.

Concernant la question posée par le sénateur Nolin, j'ajouterais que nous fournissons des conseils chaque jour, à titre de représentants du ministère de la Justice, aux autres ministères du gouvernement, concernant leurs droits et responsabilités à l'égard des peuples autochtones. Le gouvernement prend ces droits et responsabilités au sérieux, y compris ce nouveau devoir de consultation, qui a récemment été décrit de façon détaillée par la Cour suprême dans les affaires que j'ai mentionnées.

Le sénateur Nolin : D'après votre réponse, je conclus que vous avez mis au point une sorte de formule, un cadre, un processus, et que vous invitez ces ministères à s'y plier.

M. Saranchuk : Nous interprétons ces arrêts pour les autres ministères du gouvernement, et nous leur prodiguons des conseils juridiques continuels adaptés à la situation qu'ils nous présentent. C'est notre boulot. Chaque situation est différente, comme vous le savez bien. Sur ce, je cède la parole à M. Pryce.

Le sénateur Andreychuk : Il s'agit d'un jugement qui pourrait être remis en question plus tard. Si vous dites que l'expression « en temps opportun » signifie qu'on va leur donner six mois, et que nous allons nous asseoir avec eux et les consulter, encore faut-il déterminer comment on peut veiller à ce que cette consultation soit utile, etc. Avant *Sparrow*, il n'y avait pas vraiment de critères permettant de déterminer ce qui est juste et ce qui ne l'est pas. On a établi des paramètres généraux.

M. Saranchuk : C'est exact.

Le sénateur Andreychuk : Toutefois, ils ne sont toujours pas éprouvés par les tribunaux.

M. Saranchuk : Il ne faut pas perdre de vue le fait que le droit autochtone, comme vous le savez tous, est vraiment un nouveau domaine du droit, même si les peuples autochtones sont ici depuis la nuit des temps. Ce domaine du droit est relativement nouveau par comparaison au droit constitutionnel, au droit administratif ou au droit criminel, et il y a encore de vastes zones grises à définir. C'est un domaine complexe et changeant, comme vous le savez bien, alors nous allons sans doute recevoir des précisions supplémentaires quant à la nature du devoir de consultation. Cette question continuera d'être soulevée dans diverses situations où, comme l'a déclaré le sénateur Andreychuk, on va demander aux tribunaux de définir ce qui est « utile ».

Je cède donc la parole à M. Pryce afin qu'il fasse toute la lumière sur cette question.

M. Pryce : J'ai bien l'impression que nous sommes sur deux voies ici. D'abord, il y a l'interprétation des critères énoncés dans *Sparrow* — après qu'un droit établi a été prouvé, et après que l'accusé autochtone ou le groupe autochtone a montré qu'il y a

switches to the Crown to justify that infringement. That is very much the back end, if you like. It is that kind of protection that section 35 was designed to provide, but it is very much at the end, after decisions have been taken that do, in fact, infringe on rights.

The other track is the duty to consult, which really provides what we call the front-end protection. It avoids the potential possibility of infringement, by adequate engagement with Aboriginal groups, so that the decisions taken are designed in ways that avoid the infringement. The whole dilemma, in a sense, has been around for years — as Mr. Saranchuk's presentation referred to, because of a lack of consultation, there has been a call for non-derogation clauses as the only way to protect the rights. Perhaps a better way would be to improve consultation. I have to try and deal with it because they are linked but still separate.

I want to comment on where we might be in general terms around duty to consult. First, the *Sparrow* decision set the framework for the test for justified infringement, and clearly the government must meet that test. At the same time, it allows a balancing of interests in the reconciliation process, in that there is a need to balance both the Aboriginal and treaty rights on the one hand and the rights and interests of other Canadians on the other hand.

Under the Constitution, it is not an absolute protection. As you say, there is the two-pronged aspect to the tests: First, for valid legislative rejection, there has to be good reason for government to limit the exercise of rights. Even if there is a good reason, and in *Sparrow* the reason was conservation, the way in which that good reason is taken and the impact it has on Aboriginal rights must be carried out in a way that complies with the honour of the Crown's fiduciary relationship. In short, it is the idea of minimal impairment, which will vary with the circumstances.

Senator Joyal: It will not vary on the basis of the right.

Mr. Pryce: Whatever the scope of the right, it is the minimal impairment of the right as exercised with respect to the government regulation that is seeking to limit the right. That will vary in the circumstances. Different balancing exercises occur, depending on the issue. For example, it was a food fishing right in *Sparrow*, and in *Gladstone*, it was the commercial right to fish. The court said that they could not give top priority to the commercial right because, if they did so, it would be a right without internal limits. The right had to be balanced against the ability of other user groups, including Aboriginal groups, to be able to use the resource.

Another kind of right is Aboriginal title. Again, the court has developed that justification test and adapted it to the particular right, such as in the case of *Delgamuukw*.

atteinte aux droits, le fardeau de la preuve passe à la Couronne, qui doit justifier cette atteinte. Cette démarche a manifestement lieu à la fin du processus. C'est la sorte de protection que l'article 35 devait fournir, mais cette démarche a certainement lieu à la toute fin, après qu'on a pris des décisions qui, de fait, portent atteinte aux droits.

Ensuite, il y a le devoir de consultation, qui procure vraiment ce que nous pourrions appeler une protection en amont. Cette démarche mise sur la participation adéquate des groupes autochtones afin qu'on prenne des décisions qui évitent la possibilité d'atteinte aux droits. Ce dilemme, d'une certaine façon, existe depuis plusieurs années — comme l'a déclaré M. Saranchuk dans son exposé, on a, faute de consultation, demandé l'adoption de dispositions non dérogatoires, car c'était la seule façon de protéger les droits. Il serait peut-être préférable d'améliorer l'aspect consultatif. Je dois tenter de tenir compte de ces aspects, car ils sont liés, mais néanmoins distincts.

J'aimerais vous décrire où nous en sommes, de façon générale, à l'égard du devoir de consultation. Premièrement, l'arrêt *Sparrow* a établi le cadre dans lequel s'inscrit l'évaluation de la justification de l'atteinte aux droits, et il est clair que le gouvernement doit satisfaire aux critères établis. Parallèlement, cet arrêt permet d'établir l'équilibre dans le cadre du processus de conciliation des intérêts, dans la mesure où il faut établir l'équilibre entre, d'une part, les droits ancestraux et issus de traités et, d'autre part, les droits et les intérêts des autres Canadiens.

La protection offerte par la Constitution n'est pas absolue. Comme vous l'avez dit, l'évaluation de la justification comporte deux volets : premièrement, il faut que le gouvernement ait de bonnes raisons de limiter l'exercice des droits. Même s'il a de bonnes raisons — dans *Sparrow*, il s'agissait de conservation —, la façon dont ce motif est appliqué et l'impact sur les droits des Autochtones doivent préserver l'honneur de Sa Majesté et être conformes à son rôle en tant que fiduciaire. Bref, c'est une question d'atteinte minimale, laquelle peut varier d'une situation à une autre.

Le sénateur Joyal : Elle ne variera pas en fonction du droit.

Mr. Pryce : Quelle que soit la portée du droit, on va se pencher sur l'atteinte minimale du droit exercé sous le régime de la réglementation gouvernementale qui tente de limiter l'exercice de ce droit. Or, cet aspect peut varier selon la situation. On va s'adonner à divers exercices d'équilibrage, selon la situation. Par exemple, dans *Sparrow*, il s'agissait du droit de pêche ou de subsistance; dans *Gladstone*, il s'agissait du droit de pêcher à des fins commerciales. Le tribunal a déclaré qu'il ne pouvait accorder la priorité au droit commercial, car ce droit ne serait pas soumis à des limites internes. Il fallait établir l'équilibre entre ce droit et la capacité d'autres groupes d'utilisateurs, y compris les groupes autochtones, d'exploiter la ressource.

Le titre autochtone est un autre type de droit. Encore une fois, le tribunal a mis au point ses critères de justification et les a adaptés à ce droit, comme dans l'affaire *Delgamuukw*.

Each kind of right and each kind of government regulation will entail some peculiarities, such that the justification test will be imposed or implied depending on the circumstances.

Those comments are very general, but that is how the justification test works and has been developed over the years in cases subsequent to *Sparrow*.

With regard to consultation, I have a couple of thoughts. The question has been asked about what Justice Canada is doing and what kind of framework we have. There is work within the government, beyond the Department of Justice, to try to develop frameworks and policies that both reflect the developments in the law and perhaps go further, policies dealing with consultation. It is important to emphasize that the duty to consult is in the early stages of development. Precisely what the scope of that duty is and whether as a legal duty it applies to the drafting and consideration of statutes as they go through Parliament is a question that has not been answered.

The cases that have gone to the Supreme Court to date were about administrative decisions taken under statutes and were not about the legislation. There are many unanswered questions, and the work to be done is throughout government, not only within the Department of Justice, to develop frameworks around consultation. Whether it is about the legislation, which may be more as a matter of policy than of law, or whether it is with respect to decisions taken pursuant to legislation, such as the kind of situation that arose in three cases — *Haida Nation*, *Taku River Tlingit First Nation* and *Mikisew Cree* — all points to protection up front before the damage is done to either rights or claimed rights. The cases of *Taku* and *Haida* were about just that — preventing the government from riding roughshod over rights, although at the back end, there might be a claim for damages, but that was not adequate.

Senator Joyal: Can you come back to us with the guidelines that you have developed on the basis of previous court decisions in respect of the duty and obligation to consult? Could you provide us with the guidelines the Department of Justice follows or transfers to other departments concerned with such issues — for instance, Natural Resources, Parks Canada and so on — whereby the department advised the other department on the course to follow? I take it that is not done over the phone. There should be frameworks, guidelines, instructions and interpretation that the Department of Justice provides to other departments on how to satisfy that obligation to consult. Could you give us those documents so that we can look into that?

The Acting Chairman: There must be a kind of basic framework that you work through and then adjust to meet the requirements of the various departments.

Mr. Saranchuk: We have a basic document, although it is still under construction, if you will, in the sense that we are still adding to it. My initial impression is that we will have to seek instructions from the Deputy Minister of Justice and others as to whether this

Chaque type de droit et chaque type de règlement gouvernemental mettra en cause des facteurs particuliers, de sorte que les critères de justification seront imposés ou appliqués indirectement, selon les circonstances.

Ces commentaires sont très généraux, mais c'est de cette façon que les critères de justification s'appliquent et se sont précisés au cours des années qui ont suivi l'arrêt *Sparrow*.

Pour ce qui est de la consultation, il y a quelques aspects que j'aimerais soulever. On a demandé ce que fait Justice Canada et quel genre de cadre nous avons établi. Il y a au sein du gouvernement, au-delà du ministère de la Justice, un effort pour mettre au point des cadres et des politiques qui reflètent l'évolution du droit et qui vont peut-être plus loin, des politiques relatives à la consultation. On ne saurait trop insister sur le fait que le devoir de consultation n'en est qu'à ses premiers pas. On n'a pas encore déterminé précisément quelle est la portée de ce devoir et si ce devoir juridique s'applique à l'élaboration et à l'examen de lois destinées à être présentées au Parlement.

Les affaires dont la Cour suprême a été saisie jusqu'à maintenant concernaient non pas la loi, mais bien les décisions administratives prises sous le régime de cette loi. De nombreuses questions sont toujours sans réponse, et il faut que l'ensemble du gouvernement, pas seulement le ministère de la Justice, travaille à élaborer des cadres relatifs à la consultation. Comme on envisage la chose sous l'angle de la législation, ce qui tient davantage aux politiques qu'au droit, ou sous l'angle des décisions prises en vertu des lois, comme les situations propres aux trois arrêts — nation *Haida*, Première nation de *Taku River* et Cris *Mikisew* —, tout porte à croire qu'il est préférable d'offrir une protection en amont, avant qu'il y ait atteinte aux droits ou aux droits revendiqués. Dans *Taku* et *Haida*, il ne s'agissait que de cela : empêcher le gouvernement de porter atteinte aux droits; même s'il y avait possibilité de demander des dommages-intérêts après coup, ce n'était pas une formule adéquate.

Le sénateur Joyal : Pourriez-vous revenir nous présenter les lignes directrices que vous avez mises au point à la lumière de décisions rendues par les tribunaux à l'égard du devoir et de l'obligation de consulter? Pourriez-vous nous fournir les lignes directrices que le ministère de la Justice applique ou communique aux autres ministères qui s'intéressent à ces enjeux — par exemple, Ressources naturelles, Parcs Canada, et ainsi de suite —, les lignes directrices à la lumière desquelles le ministère conseille les autres ministères sur la marche à suivre? J'imagine que cela ne se fait pas par téléphone. Il y a sûrement des cadres, des lignes directrices, des instructions et des interprétations que le ministère de la Justice fournit aux autres ministères quant à la façon de se conformer à l'obligation de consulter. Pourriez-vous nous remettre ces documents afin que nous puissions nous pencher sur la question?

La présidente suppléante : Il y a sûrement une sorte de cadre fondamental que vous adaptez en fonction des exigences des divers ministères.

M. Saranchuk : Nous avons un document de base, mais il est toujours en cours d'élaboration, dans la mesure où nous continuons de l'enrichir. Mon impression initiale, c'est que je devrai consulter le sous-ministre de la Justice et d'autres

can and should be shared at this time. I do not mean that we are reticent to help the committee, because we would like to help, but the privilege in that document lies elsewhere and it is not for us to give you that commitment today.

The Acting Chairman: Will you attempt to follow that up?

Mr. Saranchuk: We will ask up the line, as we say, and get back to you as to whether we can share that with you or whether there is another document to share with you. Generally, the framework document to which you refer is based very much and, in a practical way, speaks to the cases noted earlier. I would hope that there are no secrets, but it is nothing special over and above what departments would have to do to meet these cases. It might be a bit technical, but I will provide something for the committee.

[Translation]

Senator Gill: I am reassured because we seem to be on the right track. If we're looking to provide some additional protection, it must be because there is a real need for it. I have often discussed additional protection for our rights with Senator Watt and others. Obviously, the non-derogation clause has been the focus of much debate and we have wondered how not to oppose a bill which generally speaking, is designed to protect the overall rights of Canadian citizens.

We supported the proposed legislation to prevent cruelty toward animals, even though it compromised traditional hunting, trapping and fishing rights. How do we live together and be on good terms? How do we protect Canadians with sound laws, and all the while ensure that our rights are not compromised? We want to act for the good of all Canadians. We have long been grappling with this dilemma.

For example, on the subject of consultations, what exactly does the reference to consultations mean in proposed legislation? How far does this go? In 1969 and more recently, Aboriginal peoples were consulted, among other things, on Bill C-6 — and it makes no difference whether a Conservative or a Liberal government was in office — and I recall that all of the witnesses — and I believe Senator Andreychuk was also on hand — who testified before the committee were opposed to the bill. Yet, Bill C-6 still came before the Senate. So then, what weight do these consultations carry?

If section 35 of the Constitution provided an absolute protection for rights, there would be no need to resort to the use of non-derogation clauses. A suitable level of protection would enable us to work together, rather than at cross-purposes, to ensure the rights of each and everyone. I believe we can find a solution and I think we are on the right track. We have not found it yet, but I remain hopeful.

personnes afin de déterminer s'il est possible et souhaitable de produire ce document maintenant. Cela ne veut pas dire que nous sommes réticents à aider le comité, car nous aimerais bien vous aider, mais la prérogative à l'égard de ce document appartient à quelqu'un d'autre, et il ne nous appartient pas de prendre un tel engagement aujourd'hui.

La présidente suppléante : Allez-vous tenter de donner suite à cette demande?

M. Saranchuk : Nous allons remonter la filière, comme on dit, et nous communiquerons ensuite avec vous pour vous dire si nous sommes autorisés à vous montrer ces documents ou s'il y a un autre document que nous pourrions vous montrer. De façon générale, le document-cadre dont vous parlez est largement fondé sur les arrêts mentionnés plus tôt, et aborde ces questions en termes pratiques. Je serais étonné qu'on y trouve quelque chose de secret, mais on se limite à ce que les ministères auraient à faire dans des situations analogues. Ce sera peut-être un peu technique, mais je vais fournir quelque chose au comité.

[Français]

Le sénateur Gill : Je suis rassuré car il semble y avoir une bonne piste. Si on essaie de trouver une protection, c'est parce qu'il y a un besoin réel. J'ai souvent discuté avec le sénateur Watt, et d'autres, d'une protection quelconque pour nos droits. Évidemment, la clause de non-dérogation a fait l'objet de discussions et nous nous sommes demandé comment faire pour ne pas s'opposer au projet de loi qui, en général, vise à protéger l'ensemble des droits des citoyens canadiens.

Autant nous étions d'accord avec le projet sur la cruauté envers les animaux, autant cela compromettait les droits traditionnels de chasse, de trappe et de pêche. Comment vivre ensemble convenablement et avoir de bonnes relations? Comment protéger les Canadiens avec de bonnes lois tout en ne compromettant pas nos droits? Nous voulons agir pour l'ensemble des Canadiens. Ce dilemme existe depuis longtemps.

Je pense aux consultations, par exemple, qu'est-ce que cela veut dire au juste quand on parle de consultations dans les projets de loi? Jusqu'où cela va? En 1969, on nous a consultés, entre autres, et dernièrement aussi, sur le projet de loi C-6 — et je veux faire abstraction des gouvernements conservateurs ou libéraux —, et je me souviens que l'ensemble des témoins — et le sénateur Andreychuk étaient là également — qui ont comparu devant le comité étaient contre ce projet de loi, mais nous avons tout de même vu apparaître le projet de loi C-6 au Sénat. Quel est le poids de ces consultations?

Si l'article 35 de la Constitution protégeait de façon sécuritaire les droits, on n'aurait pas besoin de recourir à des clauses de non-dérogation. Une protection convenable nous aiderait à travailler ensemble plutôt que de se retrouver en conflit face aux droits de chacun. Je crois que la possibilité de trouver une solution est là et je pense que nous sommes sur une bonne piste. On ne l'a pas encore trouvée, mais on va peut-être la trouver.

I was also pleased to note that contrary to what has happened in the past, there has been some dialogue between the Department of Justice and other departments. I believe we can now work together to find some good solutions. If the non-derogation clause is not the right solution, what would you suggest in its place?

[English]

Mr. Saranchuk: There have been some very good questions and I will do my best to respond. In terms of what we can have, I will go back to some of the possible approaches to consider here. I would start by saying that consultation is a possible approach, from our perspective key, no matter what the other approaches are. Consultation with Aboriginal peoples at the front end of legislation is something we encourage. We remind other departments that that will be important to any process. Other departments are still adjusting to meet this need for consultation, but we continue to remind them about the importance of consultation and the fact that consultation is a legal duty that they have.

In terms of other approaches, when looking at the non-derogation clause question at the far end of the spectrum, these clauses can be repealed and thereafter avoided. At the same time, if people feel it is absolutely necessary to have a reminder — that is to say, that section 35 is not enough of a reminder, notwithstanding the fact that it is in the Constitution, that it is absolutely necessary to have reminder — there could be a provision put into the Interpretation Act saying that it is a declaratory provision.

I will just stop for a moment and say that I am not aware of any instances where the government or parliamentarians feel it is necessary to put in legislation a clause that reminds people that Charter rights exist. I suppose there are different views as to why that is and what it is that is different about Aboriginal and treaty rights. If we think about such a clause in relation to a security or anti-terrorism bill, I do not understand there to be clauses suggested there that would state that nothing in that bill is to abrogate or derogate from section 7 of the Charter. I think you are quite right, that we must ask ourselves why it is felt there should be a need for these clauses in relation to Aboriginal peoples and their rights but not others.

I am attempting to show that legally these clauses are unnecessary, because, in an antiterrorism bill, for example, I do not think anyone is suggesting that section 7 of the Charter or other sections of the Charter do not necessarily apply no matter what the provisions of that bill. People are content with the fact that Charter rights exist; they know they exist and they know if they need recourse to them they go to the Charter.

Je tiens à souligner aussi que j'ai constaté avec joie qu'il y a, contrairement à ce qui se faisait dans le passé, un dialogue entre le ministère de la Justice du Canada et les autres ministères. Je pense qu'on peut maintenant évoluer ensemble pour trouver de bonnes solutions. Si la clause de non-dérogation n'est pas la bonne solution, que suggère-t-on à la place?

[Traduction]

M. Saranchuk : Vous avez soulevé de très bonnes questions, et je ferai de mon mieux pour y répondre. Pour ce qui est des solutions possibles, je reviendrais à certaines des approches possibles. Je commencerais par dire que la consultation est une démarche possible, de notre point de vue, quelles que soient les autres approches. Nous encourageons la consultation en amont des peuples autochtones dans le cadre du processus législatif. Nous rappelons aux autres ministères que ce sera un volet important dans le cadre de tout processus. D'autres ministères travaillent toujours à s'adapter à ce devoir de consultation, mais nous continuons de leur rappeler toute l'importance de tenir des consultations et de leur signaler que la consultation compte parmi leurs devoirs juridiques.

Pour ce qui est de l'établissement de dispositions de non-dérogation vers la fin du processus législatif, ces dispositions peuvent être abrogées et, par la suite, évitées. Toutefois, si les gens estiment qu'il est absolument nécessaire d'effectuer un rappel — autrement dit, si on estime que l'article 35 n'est pas un rappel suffisant, même s'il fait partie de la Constitution, et qu'il est absolument nécessaire de le signaler encore —, on pourrait enchaîner dans la Loi d'interprétation une disposition selon laquelle il s'agit d'une disposition interprétagtive.

Si vous me permettez une petite parenthèse, je tiens à signaler que je n'ai connaissance d'aucune autre situation où le gouvernement ou les parlementaires estiment qu'il est nécessaire d'enchaîner dans une loi une disposition visant à rappeler aux gens que la Charte garantit certains droits. Je suppose qu'on pourrait mettre de l'avant divers arguments expliquant pourquoi la situation actuelle existe et pourquoi la question des droits ancestraux et issus de traités est différente. Si on appliquait ce raisonnement à un projet de loi relatif à la sécurité ou à la lutte contre le terrorisme... à ma connaissance, il n'y a aucune disposition prévoyant que le contenu du projet de loi abroge l'article 7 de la Charte ou l'emporte sur lui. Je crois que vous avez raison, nous devons nous demander pourquoi on ressent le besoin d'adopter de telles dispositions à l'égard des peuples autochtones et de leurs droits, mais pas d'autres groupes.

Je tente de montrer que, sur le plan juridique, ces dispositions sont inutiles, car, dans un projet de loi sur la lutte contre le terrorisme, par exemple, je ne crois pas que quiconque avance que l'article 7 de la Charte ou d'autres articles de la Charte ne s'appliquent pas nécessairement, quelles que soient les dispositions de ce projet de loi. Les gens savent que la Charte protège certains droits; ils savent que ces droits existent, et ils savent qu'ils ont des recours en invoquant la Charte.

[Translation]

Senator Nolin: Your last comment sums up very well the dilemma faced by our committee. In as much as this committee enjoys reading Supreme Court decisions and seeing how the courts analyze and interpret the legislation that we pass, it is equally mindful of the obligation — and unfortunately, it is almost an obligation — that Canada's aboriginal communities have to look to the courts to ensure their rights are respected. That is the dilemma they face.

What I find intriguing about this debate — and perhaps I am deluding myself — is the prospect of putting in place a mechanism that would ensure the rights of Canada's Aboriginal communities are recognized a priori, over and above section 35 of the Charter. As you yourself said, no one is challenging section 35. However, we do not want people to come back with an easy answer along the lines of: you have the clause, you have the Charter, so claim your Charter rights and the courts will decide. We want to see an end to this process. As much as we like Supreme Court rulings, we do not want the Supreme Court to be the applicable remedy. That explained some of the problems we encountered when studying the various bills to prevent cruelty towards animals. The maddening response we got was that if a problem arose, the court was there to protect people. In my personal opinion, the solution lies in a statutory provision with some regulatory authority. In other words, a department responsible for applying the act would have the power to make regulations to oversee the training of officials in charge of applying the act and to inform them of the hunting, fishing and trapping practices of Canada's Aboriginal communities.

Are we right to be concerned that Aboriginal communities will forever have to look to the courts for validation of their rights? Should we try to come up with a statutory mechanism whereby their rights are recognized a priori, where the government would ensure that the rights of Canada's Aboriginal communities are respected a priori. Therein lies our dilemma. Are we deluding ourselves, or are we really on the right track?

[English]

Mr. Saranchuk: I would add to my earlier comments that I am not sure that one clause will necessarily do that. If it could, then I suppose a non-derogation clause could do it — or, for that matter, section 35 of the Constitution Act could do it.

If we want to ensure that Aboriginal interests are taken into account in any particular piece of legislation — because we are talking generally about one piece of legislation that comes before you or the other place — then it is important that the Aboriginal peoples be involved in, and thought of through, the component parts of that legislation and the process that goes into that, as opposed to just thinking that one clause will be a panacea to the issue.

[Français]

Le sénateur Nolin : Votre dernière phrase résume bien le dilemme de notre comité : Autant ce comité aime lire la Cour suprême, l'analyse et les interprétations que les tribunaux donnent aux lois que nous votons, autant il est préoccupé par le devoir qu'ont — c'est presque un devoir, malheureusement — les communautés autochtones canadiennes de recourir aux tribunaux pour faire appliquer leurs droits. C'est cela leur problème.

C'est ce qui m'anime dans ce débat — c'est peut-être illusoire de ma part —, mais comment pourrions-nous mettre en place un mécanisme qui ferait en sorte que les communautés autochtones canadiennes veraient leurs droits reconnus a priori, au-delà de l'article 35 de la Charte? Personne ne conteste l'article 35 — vous le dites vous-même — mais nous ne voulons pas que la réponse facile soit : Vous avez la clause, vous avez la Charte, soulevez vos droits en vertu de la Charte et les tribunaux trancheront. C'est cette dynamique qu'on veut éliminer. Autant on aime lire la Cour suprême, autant on ne veut pas que le recours à la Cour suprême soit le remède, la chirurgie applicable. C'est pour cela qu'on avait des problèmes lors de l'examen des différents projets de loi pour restreindre la cruauté envers les animaux, ce qui nous préoccupait c'était cette fâcheuse réaction qui dit que si vous avez un problème, la cour est là pour vous protéger. La solution serait plutôt une clause, selon moi — et c'est personnel —, une clause statutaire avec un pouvoir réglementaire, qui ferait en sorte qu'un ministère chargé de l'application d'une loi aurait le pouvoir d'établir une réglementation qui assurerait la formation des officiers chargés de l'application de la loi, de les informer des pratiques de chasse, de pêche et de trappe des communautés autochtones canadiennes.

Maintenant, notre préoccupation est-elle illusoire et sont-ils condamnés à recourir aux tribunaux pour la reconnaissance de leurs droits ou devons-nous tenter de prévoir un mécanisme statutaire qui verrait à ce que les droits soient reconnus a priori? Dans l'administration publique, a priori, on ferait respecter les droits des communautés autochtones canadiennes. Voilà notre dilemme : est-ce que c'est illusoire ou est-ce qu'on suit une piste qui est valable?

[Traduction]

M. Saranchuk : J'ajouterais à mes commentaires antérieurs que je ne suis pas certain que cette disposition va nécessairement donner ce résultat. Si elle le pouvait, alors je suppose qu'une clause de non-dérogation pourrait le faire — d'ailleurs, l'article 35 de la Loi constitutionnelle pourrait également le faire.

Si nous voulons veiller à ce que les intérêts des Autochtones soient pris en compte dans le cadre de tout projet de loi — car nous parlons, de façon générale, de tout projet de loi qui vous est présenté ou qui est présenté à l'autre endroit —, alors il importe de faire en sorte que les Autochtones participent à toutes les étapes de l'élaboration de cette loi et du processus connexe et qu'on tienne compte de leurs intérêts tout au long de la démarche, au lieu de se borner à croire qu'on peut utiliser cette disposition comme une panacée.

Senator Joyal: I do not think that answers Senator Nolin's question, with all respect.

Senator Nolin: I am not suggesting that "one size fits all" will do the thing.

Is there a statutory tool that would satisfy the Aboriginal communities in Canada that their way of life is understood by those who will be empowered to apply a general rule? That is my concern. Am I under an illusion, or can we use that tool?

Are we talking about one tool? Probably not. We will have to frame it, but I think it is more than a clause. I believe regulation should be also contemplated. We should instruct departments, when they are applying a law, to alert those who will apply the law that there is a component of our society that does not live in the same way other Canadians live, and they have rights to do so.

Senator Andreychuk: If I understood *Sparrow* and the other decisions — and in dealing with Aboriginal people — the Aboriginal people want to be consulted, so that they can explain their way of life, what those rights meant, et cetera, rather than having a body of people within government interpreting their rights, which is where we started out. We are telling them what their rights are and how those rights will affect them.

I think the *Sparrow* decision rightly put the emphasis on the right to consult early enough so that the Aboriginal people can explain how they will be affected by proposed legislation, why it is important and how the proposed legislation could be structured to be the least intrusive — or supportive for that matter, I suppose. Therefore, I believe the court put the right emphasis on the duty to consult in a meaningful way, so that we are not speaking about the Aboriginal people but rather listening to them and incorporating it in.

That is the way to preclude the courts from being the first resort; the courts should be the last resort. We should pre-empt that. It seemed to me that that is what *Sparrow* has been saying.

Senator Bryden: I think there is a difference regarding the Charter rights that apply to other Canadians; we do not list those rights in each in the legislation. I think the fiduciary duty of the Crown to Aboriginal peoples is, or should be, anticipatory and proactive. The Crown has a fiduciary duty that has been written up everywhere toward Aboriginal peoples; that is there, no matter what. What that would help to do is exactly the things that have been discussed here.

One of the biggest problems Aboriginal people face, if they are relying on the Charter for their rights, is that it is a long trip to the Supreme Court of Canada, and an expensive one. Many people would rather pay the fine and take the hit than go through the aggravation.

Le sénateur Joyal : Avec le respect que je vous dois, je ne crois pas que cela réponde à la question du sénateur Nolin.

Le sénateur Nolin : Je n'avançais pas qu'une solution universelle allait tout régler.

Y a-t-il un outil réglementaire qui nous permettrait de faire voir aux collectivités autochtones du Canada que les gens qui sont habilités à appliquer une règle générale comprennent leur mode de vie? C'est ça, ma préoccupation. Est-ce que je me fais des illusions, ou avons-nous accès à un tel outil?

Est-ce qu'il est question d'un seul outil? Probablement pas. Nous allons devoir encadrer cela, mais je crois que ça ne se résume pas à une disposition. Je crois qu'il faudrait envisager aussi de réglementer. Nous pourrions donner des consignes aux ministères pour alerter les responsables de l'application de la loi au fait qu'il y a un élément de notre société qui ne vit pas de la même façon que les autres Canadiens et qu'ils ont le droit de le faire.

Le sénateur Andreychuk : Si je comprends bien l'arrêt *Sparrow* et les autres décisions en la matière — et les rapports avec les Autochtones —, les Autochtones souhaitent être consultés, de façon à pouvoir expliquer leur mode de vie, le sens de ces droits et ainsi de suite, plutôt que d'avoir un organisme gouvernemental qui interprète leurs droits, ce qui a été notre point de départ. Nous leur disons en quoi consistent leurs droits et en quoi ces droits vont les toucher.

Je crois que, avec raison, l'arrêt *Sparrow* met l'accent sur le droit de consulter qui vient assez tôt pour que les Autochtones puissent expliquer quel sera l'effet d'un projet de loi sur eux, pourquoi c'est important et pourquoi la loi proposée pourrait être structurée de manière à perturber le moins possible la vie des Autochtones — je suppose que ce pourrait même être le cas de mesures qui seraient positives. Par conséquent, je crois que le tribunal a fait valoir avec raison l'obligation de consulter de manière significative, pour que nous puissions non pas parler des Autochtones, mais plutôt les écouter et intégrer leur point de vue.

C'est de cette façon qu'on empêche que les tribunaux deviennent le premier recours; les tribunaux devraient être le dernier recours. Nous devrions empêcher cela au départ. Il me semble que c'est ce qui est dit dans l'arrêt *Sparrow*.

Le sénateur Bryden : Je crois qu'il y a une différence pour ce qui est des droits inscrits dans la Charte qui s'appliquent aux autres Canadiens; nous n'énumérons pas ces droits dans chacun des textes de loi. Je crois que l'obligation fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones, prend ou devrait prendre, une forme prospective ou proactive. L'État a une obligation fiduciaire envers les peuples autochtones, cela a été écrit partout; cette obligation existe, quoi qu'il arrive. Cela nous aiderait à accomplir justement les choses dont il a été question ici.

Un des grands problèmes auxquels font face les Autochtones, s'ils se fient à la Charte pour faire valoir leurs droits, c'est que le chemin qui mène à la Cour suprême du Canada est long et qu'il coûte cher. Nombre sont ceux qui préféreraient payer et encaisser le coup, plutôt que d'emprunter une voie exaspérante.

We may be almost back to the future here, but that is what we have constantly run up against. Senator Watt, Senator Adams and Senator Gill know what I am speaking about. The Crown has a fiduciary duty. If we are going to change the rules of the game for those people, we need to anticipate what the issues are — not say, “We will do it; if you have a problem, get your lawyer and go to court and plead section 35.” I really believe there is a different duty that is expected of the Crown in that situation.

Mr. Saranchuk: Perhaps I can go back to my earlier remarks and clarify something that I should have added at the time with respect to this analogy between Charter rights and Aboriginal and treaty rights. It was meant to analogize the concept of what mechanism is potentially available and why, to get us thinking about it.

I want to be clear that Charter rights are not like Aboriginal and treaty rights, for various reasons. I will enumerate some of them, as Ms. Beckton did before. To begin with, the Aboriginal peoples were the first inhabitants of this country and they have special rights by virtue of that. We should all be mindful of that, and I can assure you that I am, as is the Department of Justice.

Beyond that, it is important to note that these rights are not universal. Charter rights are more universal than are Aboriginal and treaty rights. For better or worse, Aboriginal and treaty rights are site- and fact-specific rights that require some historical proof. They are different again in that.

I want to add to my remarks, although I was speaking on a legal level in terms of looking at the mechanism of the clauses and the reasons, I do want to acknowledge there are certain key and fundamental differences between those sets of rights that might well merit them receiving special attention one way or the other. That is, of course, what this committee and the honourable senators are looking at.

I think Mr. Pryce has some comments with respect to some of the duty-to-consult issues that were raised in this. I will let him speak on that.

Mr. Pryce: Yes. These comments might be a bit disjointed, but I am trying to respond to some of the questions and comments that various honourable senators have made.

Regarding one comment about how so much reliance has to be placed on the courts, the courts have clearly stated that negotiation is the preferable way to deal with Aboriginal claims. That is a very important process. In a sense, things like the duty to consult that the courts developed is kind of like a steppingstone as part of negotiation; pending negotiation or before negotiations are finalized, there may be duties to consult. It is part of an ongoing process, part of negotiation and part of the overall goal of reconciliation.

C'est presque un retour vers le futur, peut-être, mais nous nous heurtons constamment à cela. Le sénateur Watt, le sénateur Adams et le sénateur Gill savent de quoi je parle. L'État a une obligation fiduciaire à remplir. Si nous souhaitons modifier les règles du jeu pour les gens en question, nous devons prévoir les problèmes qui vont se présenter — et non pas dire : « Nous choisissons cette voie; si vous avez un problème, trouvez-vous un avocat et allez invoquer l'article 35 devant le tribunal. » Je crois vraiment que, dans une telle situation, c'est un autre devoir auquel on s'attend de la part de l'État.

M. Saranchuk : Je pourrais peut-être revenir aux observations que j'ai formulées plus tôt et ajouter une chose que j'aurais dû mentionner à ce moment-là en ce qui concerne l'analogie qui est faite ici entre les droits issus de la Charte et les droits ancestraux et issus de traités. L'analogie vise à faire ressortir les mécanismes qu'il serait possible d'invoquer et pourquoi, à nous inciter à réfléchir.

Je veux préciser une chose : les droits issus de la Charte ne sont pas comme les droits ancestraux et issus de traités, pour diverses raisons d'ailleurs. Je vais en nommer quelques-unes, comme Mme Beckton l'a fait avant. Pour commencer, les peuples autochtones sont les premiers habitants du pays et ont, de ce fait, des droits particuliers. Nous devrions tous en être conscients, et je peux vous assurer que je le suis, tout comme le ministère de la Justice.

Outre cela, il importe de signaler que ces droits ne sont pas universels. Les droits issus de la Charte sont plus universels que les droits ancestraux et issus de traités. Pour le meilleur ou pour le pire, les droits ancestraux et issus de traités portent sur des lieux et des faits particuliers et doivent reposer sur des éléments de preuve historiques. Ils sont différents de ce point de vue là aussi.

J'ajouterais quelque chose à mes observations... même si je parlais au plan juridique, pour voir le mécanisme des articles et des raisons, mais je veux tout de même reconnaître qu'il existe des différences fondamentales entre les ensembles de droits en question, qui mériteraient bien de recevoir une attention particulière d'une manière ou d'une autre. Bien entendu, c'est ce que le comité et les honorables sénateurs étudient.

Je crois que M. Pryce a des observations à formuler concernant certaines des questions qui ont été soulevées en rapport avec le devoir de consulter. Je vais lui laisser la parole.

M. Pryce : Oui. L'ensemble des observations paraîtra peut-être décousu, mais j'essaie de répondre à certaines des questions et des observations formulées par les honorables sénateurs.

Quant à savoir à quel point il faut se fier aux tribunaux, les tribunaux ont souligné clairement que la négociation des revendications territoriales des Autochtones est la voie de prédilection. C'est un processus très important. D'une certaine façon, les notions comme le devoir de consulter que les tribunaux ont mis au point représentent une sorte de tremplin vers la négociation; en attendant que les négociations soient entamées ou parachévées dans certains cas, il peut y avoir l'obligation de consulter. Cela s'inscrit dans un processus continu, dans la négociation, dans un plan global de conciliation.

The second comment I would make is that I hear the comment about the duty to be anticipatory, that we should be able to be proactive.

One difficulty, at least at this stage in the development of law, is that the scope of Aboriginal rights, and even treaty rights, particularly historical treaty rights, are unclear. It is one thing to say that we should recognize and fully implement Aboriginal treaty rights, but there is not always a clear picture as to the scope of those rights.

In a sense, linked to that, the question has arisen as to whether a non-derogation clause would be helpful, assuming it would have the effect of limiting or excluding, preventing legislation from adversely affecting Aboriginal or treaty rights. I am not sure you would necessarily get rid of, deal with or avoid litigation, because there may still be cases and problems arising, because it would all turn on the scope of the rights. You would avoid the issue, perhaps, of whether there has been infringement or whether there is justification for it, but you are still left with determining the scope of rights.

Finally, around consultation, I think Senator Nolin raised the question of a statutory mechanism. Consultation is not really a statutory mechanism. It is something that the courts have directed us towards as a way of anticipating, of getting ahead of the game as far as protection of rights and claimed rights is concerned. Consultation is obviously a valuable tool. I am not sure how you would try to capture that in legislation. I think you have really hit on some of the big timers there.

Senator Nolin: I will give an example of what I have in mind. Let us go back to the issue of cruelty to animals. Police officers are empowered to apply those new infractions under the Criminal Code all across the land. The area of Canada where the Aboriginal communities are is part of that land. I would like to see in the regulation the power to organize, to structure, to put in place mechanisms within the administration of the Government of Canada — tools. So the authority to prepare those tools, the authority to inform police officers, who will be asked to apply that law in those areas of Canada, to alert them that they are not on the corner of Peel and St. Catherine, say, that they are in Iqaluit, in the North of Canada, where the law needs to be understood differently — that is what I have in mind.

I am using an example that I think to be proactive, to go *a priori* — which means taking steps to prevent what we do not want to happen, which is the totally blinded application of the law: “No, you are against the law; you do not have to kill that animal the way you are doing it.”

That is what I have in mind as an example — to develop an attitude, an approach; it is more than consultation. Consultation, for me, is the beginning of an awareness that there could be a

La deuxième observation que je souhaitais formuler est la suivante : j'entends dire que l'obligation devrait être prospective, qu'il nous faudrait être proactifs.

Une des difficultés qui se présente, du moins à l'étape où nous en sommes de l'évolution du droit, c'est que la portée des droits autochtones, et même des droits issus de traités, et particulièrement des droits issus de traités historiques, reste à élucider. Dire qu'il nous faut reconnaître et mettre en œuvre pleinement les droits issus de traités chez les Autochtones est une chose, connaître l'étendue des droits en question en est une autre.

D'une certaine façon, en rapport avec cela, on est venu à se demander si une disposition de non-dérogation ne serait pas utile, en présumant qu'elle aurait pour effet de limiter ou d'exclure, d'empêcher une loi d'avoir des effets délétères sur les droits ancestraux ou issus de traités. Je ne suis pas sûr qu'on arrive vraiment à éliminer, à régler ou à éviter les cas litigieux, car il y aura toujours des causes et des problèmes qui surviendront : tout dépendrait de l'étendue des droits. On éviterait peut-être la question de savoir s'il y a eu empiétement sur les droits ou si cela se justifie, mais il reste encore à déterminer l'étendue des droits en question.

Enfin, à propos de la consultation, je crois que c'est le sénateur Nolin qui a soulevé la question du mécanisme légal. La consultation n'est pas vraiment un mécanisme qui est prévu dans la loi. C'est une mesure vers laquelle les tribunaux nous ont orientés, pour que nous puissions prévoir les coups en ce qui concerne la protection des droits et les droits revendiqués. Bien entendu, la consultation est un outil de travail précieux. Je ne sais pas comment on ferait pour prévoir cela dans une loi. Je crois que vous avez abordé là certaines des grandes questions qui entrent en jeu.

Le sénateur Nolin : Je vais vous donner un exemple de ce à quoi je pensais. Revenons à la question de la cruauté envers les animaux. Les policiers sont habilités à sanctionner les nouvelles infractions prévues dans le Code criminel, partout au pays. Les zones du Canada où se trouvent les communautés autochtones font partie du territoire en question. J'aimerais que le règlement prévoie le pouvoir d'organiser, de structurer, de mettre en place des mécanismes au sein de l'administration du gouvernement du Canada — des outils de travail. Le pouvoir de préparer les outils de travail en question, le pouvoir d'informer les policiers, qui seront appelés à appliquer la loi dans ces zones-là du Canada... leur signaler qu'ils ne se trouvent pas à l'angle des rues Peel et Ste-Catherine, disons, mais qu'ils se trouvent plutôt à Iqaluit, dans le Nord du Canada, là où il faut interpréter la loi différemment — c'est ce que j'ai à l'esprit.

J'invoque un exemple qui me paraît proactif, pour songer *a priori* — cela veut dire d'adopter des mesures pour empêcher qu'advienne ce que nous ne souhaitons pas voir, soit une application totalement aveugle de la loi : « Non, vous avez enfreint la loi; vous n'êtes pas obligé de tuer cet animal de la façon dont vous vous y prenez. »

C'est l'exemple que j'ai à l'esprit : il s'agit non seulement de consulter, mais aussi de cultiver une attitude, une approche. La consultation, à mes yeux, c'est commencer à comprendre qu'il

problem. The result of that consultation is not a veto; it does not mean that negotiation must come to an agreement. However, at least the administration — so those who are the executives of Canada — know that there may be a problem applying a specific law in some areas of the country. They should be empowered by law to organize the implementation of the law to prevent those clashes. That is what I have in mind.

Mr. Pryce: It is certainly a very interesting and potentially valuable idea. What it conjures up in my mind is that it is way beyond a non-derogation clause, whether it appears in legislation or not, directions as to how a law is implemented. The thought that comes to mind where this has been done is very different. I cannot remember the provisions in the Criminal Code, but there are provisions. It is an example not about section 35 rights, but an acknowledgement of cultural differences or social differences that need attention. It has had some, and it is statute.

Mr. Saranchuk: To add to that, when I look at Ms. Beckton's presentation, I think you are absolutely right that there needs to be a cultural shift in certain circumstances, and that is what you are getting at, I think, and trying to find ways to remind the people who are actually applying the law on the ground how it is that they can best apply it. From my perspective, I think you are on to something in terms of — how it would apply out there is a different question. However, I think that it is very much a valid approach and it is outside the box of non-derogation, which I think is great.

The Acting Chairman: It applies to non-derogation.

Senator Joyal: I do not think it is outside the box.

I follow very strictly on Senator Nolin's line: A duty to consult, the way I read the Supreme Court of Canada, is not only to tell someone we are going to legislate on such an object of public policy but also that we intend to legislate and here are the implications. They have an obligation to negotiate the least impairment possible, as Senator Andreychuk has mentioned. In the negotiation of the least impairment — here comes the suggestion of Senator Nolin — how will we implement the legislation is part of the defining of the scope of the legislation. So it is not outside the box; to me, it is within the box, if we want to agree on the results of the legislation. You do not have just to agree on the drafting of the legislation; you have to negotiate the way the legislation will be implemented to meet the objective of the legislation, and to give way to the conditions in which the Aboriginal people live and prosper in this country.

It is part and parcel of the same context in which those guidelines have to be developed.

pourrait y avoir un problème. Le résultat de la consultation en question n'est pas un veto; cela ne veut pas dire que la négociation doit conduire à une entente. Tout de même, l'administration tout au moins — les dirigeants du Canada pour ainsi dire — sait que l'application d'une loi particulière à certains endroits au pays peut poser un problème. La loi devrait habiliter les gens à organiser la mise en œuvre des dispositions législatives de manière à éviter les affrontements en question. C'est ce que j'ai à l'esprit.

M. Pryce : Certes, voilà une idée qui est très intéressante et qui pourrait être précieuse. Cela évoque chez moi le fait qu'il s'agit de bien plus qu'une disposition de non-dérogation, que cela figure dans une loi ou non... les consignes sur la mise en œuvre d'une loi. Cela évoque le fait que les choses ont été faites très différemment dans ce cas. Je ne me rappelle pas les dispositions précises du Code criminel dont il s'agit, mais il y a des dispositions à cet égard. C'est un exemple qui porte non pas sur les droits prévus à l'article 35, mais sur une reconnaissance du fait que les différences culturelles ou les différences sociales méritent d'être prises en considération. Cela s'est fait en partie, et c'est la loi.

M. Saranchuk : J'ajouterais à cela, après avoir entendu l'exposé de Mme Beckton : je crois que vous avez tout à fait raison quand vous dites qu'il faut une évolution culturelle dans certaines situations et c'est là où vous voulez en venir, je crois, et qu'il faut essayer de trouver des façons de rappeler aux gens qui ont appliqué la loi sur le terrain même la meilleure façon de s'y prendre. De mon point de vue à moi, je crois que vous avez trouvé quelque chose d'intéressant... mais l'application sur le terrain même, ce n'est pas du tout la même chose. Tout de même, je crois que c'est une approche qui est tout à fait valable et qui se situe en dehors des limites de la disposition de non-dérogation, ce qui me paraît excellent.

La présidente suppléante : Cela s'applique à la disposition de non-dérogation.

Le sénateur Joyal : Je ne crois pas que ça se situe en dehors des limites.

Je m'en tiens rigoureusement à la voie tracée par le sénateur Nolin : l'obligation de consulter, de la façon dont j'interprète les arguments de la Cour suprême du Canada, consiste non seulement à dire aux gens : nous allons légiférer sur tel sujet d'intérêt public, mais aussi : nous avons l'intention de légiférer, et voici les conséquences. Les responsables ont l'obligation de négocier de manière à perturber le moins possible la vie des gens, comme le sénateur Andreychuk en a fait mention. Pour négocier dans le contexte — et voici la suggestion du sénateur Nolin —, la mise en œuvre de la loi fait partie de la définition du champ d'action de la loi. Cela ne se situe donc pas en dehors des limites de la notion; à mes yeux, c'est à l'intérieur des limites de la notion, si nous voulons nous entendre sur les résultats de la loi. Il faut s'entendre non seulement sur la rédaction du texte de loi; il faut négocier également la manière dont la loi sera mise en œuvre pour répondre à l'objectif qui y est fixé, et permettre que se réalisent les conditions dans lesquelles les Autochtones peuvent vivre et prospérer au pays.

Cela fait partie du contexte où ces lignes directrices doivent être élaborées.

The Acting Chairman: Frankly, senators, we will have to have these gentlemen back because these are very profound questions that we are raising. We will need more information; we will need to share further.

Senator Watt: I would like to thank you for being explicitly clear as to where you are coming from. This is helpful, because ever since I started to deal with this non-derogation clause, I see more openness to trying to find a solution to this particular problem. I really do appreciate that and I want you to know that. It is not easy to try to blend ethnic components into legislation.

We have a great deal of challenge ahead of us, if we are going to start making commitments to the specific legislation without non-derogation clauses. That means you have to be very open to the idea of exploring many different aspects. Not only that, you have to have knowledge of what you are dealing with. I do not have to tell you that you are fully knowledgeable in the field of law. You might not necessarily be knowledgeable in the field of how we live and conduct ourselves daily and how we strive to survive over the years.

I wish to point out one area in which I have had experience over the last 23 years. It has not been easy, first of all, to try to throw a non-derogation clause every time there is a piece of legislation coming from the other side. When you begin deal with that, there is never enough time. The politics always attempts to take over. Partisanship takes over and you lose sight of the issue, and for that reason, the framework is very important to nail down. At least we would know the name of the game.

In the field of consultation, at times, as a parliamentarian, knowing the issue very well, knowing what the problem is, knowing what the answer should be, being told by another parliamentarian — from the House of Commons or the Senate — we have already consulted with your leaders, your national organization, Phil Fontaine. How many times has that been used to put me down over the years? Many times. What is the role of a parliamentarian? It is to scrutinize legislation. That is our specialty, our expertise.

Do you mean to tell me, if you consult with the leader, a national leader of an organization like AFN, say, that that is good enough, even though I have identified that there is a problem here in the legislation. It should not be. You have to take that into consideration.

Another thing we should take into consideration is what you do with legislation that has been enacted, that is law. I will use as an example Bill C-5 — which is now legislation. There was pressure by the animal rights groups to get this legislation done immediately, and get it done regardless of anything. I am personally, including my people, living through this on a daily basis in regards to the beluga. We have a big problem. In a sense, when the law enforcement officer comes in, usually by helicopter, and manages to find the person who has harvested a particular

La présidente suppléante : Honnêtement, sénateurs, nous allons devoir réinviter ces messieurs : ce sont de très profondes questions que nous soulevons. Nous allons avoir besoin de plus en plus d'information. Nous allons avoir besoin d'échanger encore plus.

Le sénateur Watt : Je tiens à vous remercier de dire très clairement la façon dont vous percevez les choses. C'est utile, car depuis que je commence à étudier cette disposition de non-dérogation, je vois qu'il y a une ouverture quant à l'idée de trouver une solution à ce problème particulier. J'apprécie vraiment ce fait, et je tiens à ce que vous le sachiez. Il n'est pas facile d'essayer d'intégrer des composantes ethniques à une loi.

Nous avons beaucoup de défis à relever, si nous voulons commencer à nous engager à adopter des lois où il n'y a pas de dispositions de non-dérogation. Cela veut dire qu'il faut être très ouvert à l'idée d'explorer un grand nombre d'aspects différents du dossier. Par ailleurs, il faut en connaître les tenants et les aboutissants. Je n'ai pas à vous dire que vous possédez tout à fait cette matière juridique. Vous ne possédez pas forcément toutes les connaissances voulues sur notre mode de vie et notre manière de nous conduire quotidiennement, la façon dont nous nous sommes efforcés de survivre au fil des ans.

Je tiens à souligner un domaine où j'ai acquis une certaine expérience au cours des 23 dernières années. D'abord, il n'a pas été facile d'essayer de composer avec une disposition de non-dérogation chaque fois qu'un texte de loi est proposé de l'autre côté. Dans un tel cas, le temps alloué n'est jamais suffisant. Le côté politique des choses essaie toujours de prendre les rênes de la situation. L'esprit sectaire prend le dessus, et on perd de vue la question en jeu et, pour cette raison-là, il est très important de bien définir le cadre d'action. Tout au moins, nous saurions de quoi il retourne.

Dans le domaine de la consultation, parfois, en tant que parlementaire... connaître intimement la question, savoir quel est le problème, savoir ce que devrait être la réponse, se faire dire par un autre parlementaire — de la Chambre des communes ou du Sénat — nous avons déjà consulté vos dirigeants, votre organisme national, Phil Fontaine. Combien de fois s'est-on servi de cette excuse pour me mettre hors d'état d'agir au fil des ans? Souvent. Quel est le rôle d'un parlementaire? Cela consiste à examiner attentivement un projet de loi. C'est notre spécialité, notre expertise.

Êtes-vous en train de me dire que, dans la mesure où vous consultez le dirigeant, le chef national d'un organisme comme l'APN, par exemple, que cela est suffisant, même si j'ai repéré un problème ici dans le projet de loi. Ça ne devrait pas être le cas. Vous devez prendre cela en considération.

Autre question qu'il faut prendre en considération : quoi faire dans les cas où la loi est déjà adoptée, où elle s'applique. Je prendrai pour exemple le projet de loi C-5 — qui est maintenant une loi. Les groupes de défense des droits des animaux ont fait des pressions pour que ce projet de loi soit adopté immédiatement, et les choses se font ainsi, indépendamment de tout le reste. Personnellement, et je parle au nom de mon peuple aussi, je vis cette situation tous les jours en ce qui concerne le béluga. Nous avons un gros problème. D'une certaine façon, lorsque le

beluga — one community might not know whether the overall quota has been exhausted. The individual is fined. We have nine people who have already been charged. They are facing a court challenge in June, 2007.

That is a wonderful example. What do you do with a law that is already a law? How do you deal with that? Even though there are consultations, the mechanisms built in through the regulatory aspects of what you are asking for, it is not working. I regret to say that it is not working mainly because the political people, the ones who make the decisions, are not sitting with the leader of the communities, the people who know what they are talking about. The people who are sitting around with those people are being consulted with by the scientific community. They have no authority to change the law or to make a report to their superiors to say that this law is not working. It is not their responsibility or not their interest to say that the law is not working. We have a problem in that area, too.

Coming back to the issue of the need to establish a framework, that is a good beginning. I would not say it is the end all, but if we start moving in that direction, go through that path, we will have a clear idea that we need to have some kind of framework in place for the Department of Justice. I personally, as a parliamentarian, would feel much more ease. Over the number of years, I have felt pressure from the Department of Justice not interpreting the same way I interpret section 35 and section 25.

I realize that trying to bring the ethnic component into legislation is not an easy thing. If we put that in the framework, I cannot begin to start thinking and realizing what that would be. That is a very complicated area, and we should understand that, but that does not mean we should not visit that and try to develop something that is meaningful. I was even wondering whether you would be saying the same thing. I have been hearing that over 23 years.

In regards to whether the rights are rights, or absolute rights, or not, or something in between, that worries me. As far as I am concerned, the rights that have been negotiated, the rights that are entrenched in the Constitution, whatever or how broad that might be, remain intact until those issues are reconciled. We should not try to give an interpretation to the act, like non-derogation clause. This is what has been concerning me, ensuring that protection is provided. Those words were added in to the non-derogation clause. That never existed in section 25. When you read that, my legal interpretation, and the fact that I have been assisted by the legal people from outside, and also from the inside, gives a double-edged sword. That means it will go back to the ruling in the Supreme Court, that the right exists, but it is not absolute rights. That might be the case, a process, but unless they are dealt with through negotiations, they remain the rights, not dealt with rights.

responsable de l'exécution de la loi arrive, habituellement par hélicoptère, et parvient à trouver la personne qui a chassé un béluga en particulier — une communauté en particulier peut ne pas savoir que le quota global a été atteint. La personne en question reçoit une amende. Nous avons déjà neuf personnes qui sont accusées. Elles doivent aller devant le tribunal en juin 2007.

C'est un exemple merveilleux de la chose. Que faire d'une loi qui est déjà une loi? Que faire dans un tel cas? Même s'il y a des consultations, les mécanismes intégrés aux aspects réglementaires de ce que vous demandez... ça ne fonctionne pas. J'ai le regret de dire que, si ça ne fonctionne pas, c'est surtout en raison des hommes politiques, ceux qui prennent les décisions, qui ne consultent pas les dirigeants des communautés, les gens qui savent de quoi ils parlent. Les gens qui s'entretiennent avec ces gens sont consultés par les scientifiques. Ils ne sont pas habilités à modifier la loi ni à signaler à leurs supérieurs que la loi en question ne fonctionne pas. Dire que la loi ne fonctionne pas ne relève pas de leur responsabilité pas plus que c'est dans leur intérêt. Nous avons un problème à cet égard aussi.

Pour revenir à la question de la nécessité d'établir un cadre, voilà un bon point de départ. Je ne dirais pas que c'est une panacée, mais si nous nous engageons dans cette direction, si nous prenons ce chemin, nous aurons une idée claire de ce qu'il faut faire pour avoir en place le cadre voulu au ministère de la Justice. Personnellement, en tant que parlementaire, je serais nettement plus à l'aise avec cela. Au fil des ans, j'ai ressenti à cet égard les pressions du ministère de la Justice, qui n'interprète pas l'article 35 et l'article 25 comme je le fais moi-même.

J'en suis conscient : intégrer une composante ethnique à une loi n'est pas une chose facile. Si nous mettons cela dans le cadre, je n'arrive pas à même commencer à savoir ce que ça pourrait représenter. C'est un domaine très compliqué, et nous devrions comprendre cela, mais ça ne veut pas dire que nous ne devrions pas l'envisager ni essayer d'en arriver à quelque chose de significatif. Je me demandais même si vous alliez dire la même chose. J'entends cela depuis plus de 23 ans.

Quant à savoir si un droit est un droit, si les droits sont absolus ou non, ou quelque chose qui se situe entre les deux, cela m'inquiète. De mon point de vue à moi, les droits qui ont été négociés, les droits qui ont été inscrits dans la Constitution, si larges qu'ils puissent être, demeurent intacts tant que ces questions n'ont pas été réglées. Nous ne devrions pas essayer d'interpréter la loi... comme pour la disposition de non-dérogation. C'est ce qui me préoccupe depuis un certain temps : m'assurer qu'il y a une protection. Ces mots-là ont été ajoutés à la disposition de non-dérogation. Cela n'a jamais existé à l'article 25. En lisant le passage en question, d'après l'interprétation juridique que j'en fais et le fait que j'ai été assisté par des spécialistes du droit de l'extérieur, et aussi de l'intérieur... c'est une arme à double tranchant. Cela veut dire que la question se trouvera de nouveau devant la Cour suprême, que le droit existe, mais que ce ne sont pas des droits absolus. C'est peut-être le cas, un processus... à moins de négocier pour régler la question, ces droits demeurent des droits, dont l'issue est à régler.

The Acting Chairman: Any response to the need for communication that Senator Watt was speaking of?

Mr. Saranchuk: I think Senator Watt has raised a number of very important points. I would add a couple of things. First, and this is in no way meant to pass the buck, but it is not always the Department of Justice that decides about these clauses. It is up to other departments to decide what level of protection they want to accord these rights, or what the interaction is between these rights in their specific piece of legislation. They must ask whether section 35 provides adequate protection for those rights or whether in the circumstances of that legislation additional protection is needed for those rights. Those are questions for the honourable senators and for people in the other place as well, in terms of any specific circumstance. I think that is a good point.

With respect to the point about rights and their absolute nature, I would simply add that these are constitutional rights. They are protected in section 35. That is a very strong protection. It is only in limited circumstances where they can and should be interfered with, and we have talked about that in terms of *Sparrow*. For better or worse, all rights in Canada, all constitutional rights, are not absolute, and there are they balanced with other rights and competing interests, and that is a fundamental aspect of our Canadian constitutional system. That is in no way meant to diminish the importance of those rights, which are important for the reasons I have outlined previously, that the Aboriginal peoples are the first inhabitants of this country. There are no two ways about it; the Aboriginal people have special constitutional rights that the other Canadians do not have. That is what section 35 was meant to do and that is what it does do.

Senator Watt: At this junction today, in terms of whether these are absolute rights, would you say that it is important, as a parliamentarian, not to send the wrong message to the Supreme Court of Canada on this issue? We do not want to label it in such a way that the rights are questioned before this is dealt with. I am not sure whether I am making myself clear. As a legal person, would you agree with me that, depending on how we deal with it, we could easily turn around and give the wrong message to the Supreme Court of Canada? Why negotiate something if it will only be left to hang in the air? Why should the rights exist if this will be left hanging in the air? To me, it is an absolute right until the matter is dealt with either through negotiations or reconciliation.

Am I making myself clear? I am saying that we should not give an interpretation prior to dealing with the issue.

Mr. Saranchuk: I understand what you are saying. With respect to your point about the Supreme Court of Canada, if we apply that to non-derogation clauses, the people on the Supreme Court are very sophisticated. They have much better legal minds than I

La présidente suppléante : Avez-vous quelque chose à dire à propos de la nécessité de communiquer à laquelle le sénateur Watt a fait allusion?

M. Saranchuk : Je crois que le sénateur Watt a soulevé plusieurs points très importants. J'en ajouterais quelques-uns. Premièrement, et je ne souhaite pas du tout refiler le problème à quelqu'un d'autre, mais ce n'est pas toujours le ministère de la Justice qui se prononce sur ces dispositions. Il appartient aux autres ministères de déterminer le degré de protection qu'ils souhaitent accorder à ces droits ou l'interaction entre ces droits et le texte de loi particulier qui relève d'eux. Ils doivent se demander si l'article 35 protège adéquatement les droits en question ou si, au contraire, il faut inscrire dans une loi des dispositions supplémentaires pour les protéger. Ce sont des questions qui s'adressent aux sénateurs et aux gens qui se trouvent à l'autre endroit aussi, en ce qui concerne tous les cas précis qui surviennent. Cela me paraît être un bon point.

Quant à ce qu'on fait valoir à propos des droits et de leur nature absolue, j'ajouterais simplement que ce sont des droits constitutionnels. Ils sont protégés à l'article 35. C'est une très bonne protection. C'est seulement dans des cas limités que l'interférence à leur égard est possible et souhaitable, et nous en avons parlé en ce qui concerne l'arrêt *Sparrow*. Pour le meilleur ou pour le pire, tous les droits au Canada, tous les droits constitutionnels, ne sont pas absous — et ils ont pour contre-poids d'autres droits et des intérêts contradictoires, et c'est là un aspect fondamental de notre régime constitutionnel au Canada. Cela ne vise en rien à diminuer l'importance des droits en question, qui sont importants pour les raisons que j'ai exposées tout à l'heure, ni pour nier le fait que les peuples autochtones sont les premiers habitants du pays. Il n'y a là-dessus aucun doute; les Autochtones ont des droits constitutionnels particuliers que d'autres Canadiens n'ont pas. C'est ce que l'article 35 vise à faire, et c'est ce qu'il fait.

Le sénateur Watt : Au point où nous sommes rendus aujourd'hui, et pour savoir si ce sont des droits absous ou non, diriez-vous qu'il importe que nous, en tant que parlementaires, envoyions à la Cour suprême du Canada le bon message à ce sujet? Nous ne voulons pas formuler cela de telle sorte que les droits seraient remis en question avant que la question ne soit réglée. Je ne sais pas si ce que je dis est très clair. En tant que juriste, êtes-vous d'accord avec moi quand je dis que, suivant la manière dont nous décidons de régler la question, nous pourrions facilement prendre un mauvais virage et donner le mauvais message à la Cour suprême du Canada? Pourquoi négocier quelque chose si cette chose doit rester en suspens? Pourquoi les droits existeraient-ils si cela demeure en suspens? À mes yeux, c'est un droit absolu jusqu'à ce que la question se règle soit par la négociation, soit par la conciliation.

Me suis-je exprimé clairement? Je suis en train de dire qu'il ne faut pas choisir une interprétation avant d'avoir réglé la question.

M. Saranchuk : Je comprends ce que vous dites. Pour ce qui est de votre argument au sujet de la Cour suprême du Canada, si nous appliquons cela aux dispositions de non-réglementation, disons que les membres de la Cour suprême ont eu une réflexion

bring to this issue. However, I am not sure they need to see a non-derogation clause in order to know that Aboriginal and treaty rights are protected by section 35. That section is an important constitutional protection.

Senator Watt: There may be other people with more legal expertise than you, but you are a young man. You and others like you will be the leaders of tomorrow. Will I be able to start realizing the fact that my kids will probably begin to move in the right direction given your ideas and understanding of the law in modern day society, never mind the colonial system? You do not have to respond.

The Acting Chairman: These gentlemen have provided us with a list of four non-derogation clauses that are now used in federal legislation, as well as the specific bills in which they appear. It is in both official languages. We will all have a copy.

Senator Joyal: I have a follow-up question to Senator Bryden's fundamental point regarding the fiduciary duty of the Crown. For the purpose of moving our study forward, could you come back to us with the interpretation the Department of Justice gives to court decisions that have dealt with the definition and scope of the fiduciary duty of the Crown? I am thinking of the *Delgamuukw* case, where the court came forward with what it put on the shoulders of the Crown to do in dealing with Aboriginal issues.

Mr. Saranchuk: We are probably in a position to give you some of that information today. Mr. Pryce is familiar with fiduciary duty, and he might want to enumerate the situations where it exists. *Guerin* and *Sparrow* were the two main sources.

Senator Joyal: Unless you want to prepare something. That may be better for us.

The Acting Chairman: The Senate does sit in less than an hour, so I would prefer if you could prepare a paper on that subject and get it to us.

Mr. Saranchuk: Yes.

Mr. Pryce: Clearly, we are prepared to help this committee as much as possible. Exactly what we can prepare, we will have to see in the fullness of time, but we will endeavour to be as much assistance as possible.

Mr. Saranchuk: We can certainly come back and have a longer discussion about fiduciary duty, if that is what honourable senators would like.

Senator Joyal: That would be helpful.

Senator Gill: I have a question for the chairman. Some months ago, you started to study the harmonization between the Civil Code and common law and Aboriginal rights. Is that study ongoing? It is a big challenge.

très nuancée. Leurs connaissances juridiques sont nettement supérieures aux miennes. Tout de même, je ne suis pas sûr qu'ils aient besoin de voir une disposition de non-dérogation pour savoir que les droits ancestraux et issus de traités sont protégés en application de l'article 35. Cet article-là constitue une importante forme de protection constitutionnelle.

Le sénateur Watt : Il y a peut-être des gens qui ont davantage d'expertise juridique que vous en avez, mais vous êtes jeune. Vous êtes, vous et les autres comme vous, les leaders de demain. Vais-je commencer à prendre conscience du fait que mes enfants vont probablement s'engager dans la bonne voie étant donné vos idées et votre compréhension du droit dans la société moderne, et à plus forte raison du régime colonial? Vous n'êtes pas obligé de répondre.

La présidente suppléante : Ces messieurs nous ont donné une liste de quatre dispositions de non-dérogation qui figurent actuellement dans des lois fédérales ainsi que les projets de loi particuliers où elles se trouvent. C'est présenté dans les deux langues officielles. Nous en aurons tous un exemplaire.

Le sénateur Joyal : J'ai une question qui fait suite au point fondamental exprimé par le sénateur Bryden concernant l'obligation fiduciaire de l'État. Pour faire avancer notre étude, pourriez-vous revenir nous donner l'interprétation que donne le ministère de la Justice aux décisions des tribunaux où il est question de la définition et de la portée de l'obligation fiduciaire de l'État? Je songe à l'arrêt *Delgamuukw*, où le tribunal détermine la responsabilité de l'État en ce qui concerne les questions touchant les Autochtones.

M. Saranchuk : Nous serons probablement capables de vous donner quelques éléments d'information à ce sujet dès aujourd'hui. M. Pryce connaît bien la question de l'obligation fiduciaire et il voudra peut-être énumérer les situations où cela s'applique. Les arrêts *Guerin* et *Sparrow* sont les deux sources principales.

Le sénateur Joyal : À moins que vous ne souhaitiez préparer un mémoire. Ce serait mieux pour nous.

La présidente suppléante : Le Sénat siège d'ici moins d'une heure; je préférerais donc que vous prépariez à notre intention un mémoire sur ce sujet.

M. Saranchuk : Oui.

M. Pryce : Évidemment, nous sommes prêts à aider le comité dans toute la mesure du possible. Quant à savoir ce que nous pouvons préparer au juste, nous allons le voir en temps et lieu, mais nous allons essayer de vous aider le plus possible.

M. Saranchuk : Nous pouvons certes revenir et avoir une plus longue discussion sur l'obligation fiduciaire, si c'est ce que souhaitent mesdames et messieurs les sénateurs.

Le sénateur Joyal : Ce serait utile.

Le sénateur Gill : J'ai une question pour la présidente. Il y a quelques mois, vous avez commencé à étudier l'harmonisation entre le Code civil et la common law et les droits ancestraux. L'étude est-elle toujours en cours? C'est un grand défi à relever.

The Acting Chairman: That is an ongoing project of the Department of Justice, and I would assume they are coming before this committee again sometime in the future with a further bill along those lines.

Mr. Pryce: I am honestly not familiar with that project.

Senator Joyal: I think we have to go back to look to the department on this one.

[Translation]

Senator Nolin: With respect to Senator Watt's concern, we should look at existing legislation. Is there a list of federal laws that should be reviewed with a view to addressing this particular problem?

If there is such a list, I would like to see it. We could recommend this approach stemming from a political decision made several years ago to instruct the Justice Department to begin compiling a lexicon with a view to harmonizing civil law and common law in federal legislation. This arduous job, which called for a political decision at some point in time, is an approach that we would recommend to keep an eye to the future and to harmonization, without losing sight of the past.

Senator Gill: And all the while bearing in mind Aboriginal rights.

Senator Nolin: First and foremost!

[English]

Is there a list of the laws of Canada that would need to be vetted by those with the experience, those who have been questioned in court? Is the department using its expertise to look into the future as to where we should try to harmonize the actual law with a new framework to respect the rights of our Aboriginal colleagues and citizens?

Mr. Saranchuk: That is a very good question. I can also advise that no such list or glossary currently exists to our knowledge. The only list we have, which we brought today, as the chair said, is a list of the non-derogation clauses in existing legislation.

Senator Nolin: We will go the other way.

Senator Joyal: In all fairness, we will have to retackle the issue in the context of the framework of the harmonization of the common law and the Civil Code and define the parameters in relation to the customary law of Aboriginal people. That is what we would have to do first and foremost, before we could make a recommendation to further the promotion of Aboriginal law.

The Acting Chairman: I thank you very much for your testimony, gentlemen. You have helped us very much as we restart this ongoing study.

La présidente suppléante : C'est un projet qui est en cours au ministère de la Justice, et je présume que ses représentants viendront comparaître devant le comité un jour en rapport avec un projet de loi à cet égard.

M. Pryce : Pour être franc, je ne suis pas au courant de ce projet.

Le sénateur Joyal : Je crois que nous allons devoir nous tourner vers le ministère à ce sujet.

[Français]

Le sénateur Nolin : Pour rejoindre la préoccupation du sénateur Watt, nous devrons examiner la question des lois déjà existantes. Existe-t-il un répertoire des lois fédérales qui mériteraient d'être réexaminées pour régler le problème qui nous préoccupe?

Si une telle liste existe, j'aimerais l'avoir. Nous pourrions recommander cette approche acceptée par une décision politique de donner instruction au ministère de la Justice, il y a plusieurs années, de commencer à colliger un lexique qui verrait à harmoniser le droit civil et la common law dans les textes législatifs fédéraux. Travail ardu, qui a nécessité une décision politique à un moment donné et que nous recommanderons, afin de regarder vers l'avenir mais aussi le passé, et de tenter une harmonisation.

Le sénateur Gill : En incluant les droits autochtones.

Le sénateur Nolin : Surtout!

[Traduction]

Y a-t-il une liste des lois du Canada qu'il faudrait faire vérifier par les personnes qui ont l'expérience nécessaire, celles qui ont été contestées devant les tribunaux? Le Ministère applique-t-il son expertise à une analyse prospective visant à savoir s'il nous faudrait harmoniser le droit actuel et le nouveau cadre pour respecter les droits de nos collègues et citoyens autochtones?

M. Saranchuk : Voilà une très bonne question. Je peux dire moi-même qu'il n'existe aucune liste, aucun vocabulaire du genre à ma connaissance. La seule liste que nous ayons, celle que nous avons apportée aujourd'hui, comme la présidente l'a dit, c'est une liste des dispositions de non-dérogation qui existent dans les lois actuelles.

Le sénateur Nolin : Nous irons dans l'autre sens.

Le sénateur Joyal : Pour être franc, nous allons devoir nous attaquer de nouveau à la question du contexte du cadre de l'harmonisation de la common law et du Code civil, et définir les paramètres touchant le droit coutumier des Autochtones. C'est ce que nous devons faire d'abord et avant tout, avant de formuler une recommandation visant à promouvoir davantage le droit autochtone.

La présidente suppléante : Merci beaucoup d'être venus témoigner, messieurs. Vous nous aidez beaucoup, au moment où nous reprenons cette étude continue.

I should also like to welcome our new clerk to the committee. Shaila Anwar will be with us for the foreseeable future.

The committee adjourned.

OTTAWA, Wednesday, February 28, 2007

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 4 p.m. to elect the Chair.

[English]

Shaila Anwar, Clerk of the Committee: Honourable senators, I see that we have a quorum. As clerk of your committee, it is my duty to preside over the election of the Chair and I am ready to receive a motion to that effect.

[Translation]

Senator Nolin: I would like to nominate Senator Donald Oliver as chair of the committee.

[English]

Ms. Anwar: Are there any other nominations?

Senator Milne: I move that nominations be closed.

Ms. Anwar: It is your pleasure, honourable senators, to adopt the motion?

Hon. Senators: Agreed.

Ms. Anwar: I declare the motion carried and I invite Senator Oliver to take the chair.

Senator Donald H. Oliver (Chairman) in the chair.

Senator Milne: Congratulations, Mr. Chair. Might I suggest that we move in camera to discuss the future business of the committee?

The Chairman: It is agreed, honourable senators?

Hon. Senators: Agreed.

The Chairman: Honourable senators, is it agreed that we move in camera and following that, is it agreed that staff of senators can stay in the room during the deliberations?

Hon. Senators: Agreed.

The committee continued in camera.

Je tiens aussi à souhaiter la bienvenue à notre nouvelle greffière au comité. Shaila Anwar sera avec nous pour quelque temps.

La séance est levée.

OTTAWA, le mercredi 28 février 2007

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd’hui, à 16 heures, pour élire un président.

[Traduction]

Shaila Anwar, greffière du comité : Honorables sénateurs, je constate qu'il y a quorum. En tant que greffière du comité, il est de mon devoir de présider à l'élection du président et je suis prête à recevoir les motions à cet effet.

[Français]

Le sénateur Nolin : Je propose le sénateur Donald Oliver comme président du comité.

[Traduction]

Mme Anwar : Y a-t-il d'autres propositions?

Le sénateur Milne : Je propose la clôture des mises en candidature.

Mme Anwar : Plaît-il aux honorables sénateurs d'adopter la motion?

Des voix : D'accord.

Mme Anwar : La motion est adoptée. J'invite le sénateur Oliver à assumer la présidence.

Le sénateur Donald H. Oliver (président) occupe le fauteuil.

Le sénateur Milne : Félicitations, monsieur le président. Puis-je proposer que nous poursuivions la réunion à huis clos pour discuter des travaux futurs du comité?

Le président : Est-ce d'accord, honorables sénateurs?

Des voix : D'accord.

Le président : Plaît-il aux honorables sénateurs de poursuivre les travaux à huis clos et de permettre au personnel des sénateurs de rester dans la salle pendant les délibérations?

Des voix : D'accord.

Le comité poursuit ses travaux à huis clos.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government Services Canada –
Publishing and Depository Services
Ottawa, Ontario K1A 0S5

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada –
Les Éditions et Services de dépôt
Ottawa (Ontario) K1A 0S5

WITNESSES

Department of Justice Canada:

Andrew Saranchuk, Acting Director and Senior General Counsel,
Aboriginal Law and Strategic Policy;
Charles Pryce, Senior Counsel, Aboriginal Law and Strategic Policy.

TÉMOINS

Ministère de la Justice Canada :

Andrew Saranchuk, directeur par intérim et avocat général
principal, Droit des Autochtones et politiques stratégiques;
Charles Pryce, avocat-conseil, Droit des Autochtones et politiques
stratégiques.