

SENATE



SÉNAT

CANADA

First Session
Forty-first Parliament, 2011-12-13

*Proceedings of the Standing
Senate Committee on*

LEGAL AND
CONSTITUTIONAL AFFAIRS

Chair:
The Honourable BOB RUNCIMAN

Wednesday, February 27, 2013
Thursday, February 28, 2013

Issue No. 30

First and second (final) meeting on:

Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal treaty rights)

INCLUDING:
THE TWENTY-FIRST REPORT
OF THE COMMITTEE

Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal treaty rights)

WITNESSES:
(See back cover)

Première session de la
quarante-et-unième législature, 2011-2012-2013

*Délibérations du Comité
sénatorial permanent des*

AFFAIRES JURIDIQUES
ET CONSTITUTIONNELLES

Président :
L'honorable BOB RUNCIMAN

Le mercredi 27 février 2013
Le jeudi 28 février 2013

Fascicule n° 30

Première et deuxième (dernière) réunion concernant :

Le projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités)

Y COMPRIS :
LE VINGT-ET-UNIÈME RAPPORT
DU COMITÉ

Le projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités)

TÉMOINS :
(Voir à l'endos)

STANDING SENATE COMMITTEE ON
LEGAL AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS

The Honourable Bob Runciman, *Chair*

The Honourable Joan Fraser, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Batters	Joyal, P.C.
Boisvenu	* LeBreton, P.C.
* Cowan	(or Carignan)
(or Tardif)	McIntyre
Dagenais	Rivest
Frum	Watt
Jaffer	White

*Ex officio members

(Quorum 4)

Changes in membership of the committee:

Pursuant to rule 12-5, membership of the committee was amended as follows:

The Honourable Senator Watt replaced the Honourable Senator Baker, P.C. (*February 28, 2013*).

The Honourable Senator Dagenais replaced the Honourable Senator Plett (*February 28, 2013*).

The Honourable Senator Plett replaced the Honourable Senator Dagenais (*February 27, 2013*).

The Honourable Senator Batters replaced the Honourable Senator Ngo (*February 21, 2013*).

The Honourable Senator Boisvenu replaced the Honourable Senator Verner, P.C. (*February 12, 2013*).

The Honourable Senator Verner, P.C. replaced the Honourable Senator Boisvenu (*February 6, 2013*).

The Honourable Senator McIntyre replaced the Honourable Senator Plett (*February 4, 2013*).

COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES
AFFAIRES JURIDIQUES ET CONSTITUTIONNELLES

Président : L'honorable Bob Runciman

Vice-présidente : L'honorable Joan Fraser

et

Les honorables sénateurs :

Batters	Joyal, C.P.
Boisvenu	* LeBreton, C.P.
* Cowan	(ou Carignan)
(ou Tardif)	McIntyre
Dagenais	Rivest
Frum	Watt
Jaffer	White

* Membres d'office

(Quorum 4)

Modifications de la composition du comité :

Conformément à l'article 12-5 du Règlement, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit :

L'honorable sénateur Watt a remplacé l'honorable sénateur Baker, C.P. (*le 28 février 2013*).

L'honorable sénateur Dagenais a remplacé l'honorable sénateur Plett (*le 28 février 2013*).

L'honorable sénateur Plett a remplacé l'honorable sénateur Dagenais (*le 27 février 2013*).

L'honorable sénatrice Batters a remplacé l'honorable sénateur Ngo (*le 21 février 2013*).

L'honorable sénateur Boisvenu a remplacé l'honorable sénatrice Verner, C.P. (*le 12 février 2013*).

L'honorable sénatrice Verner, C.P., a remplacé l'honorable sénateur Boisvenu (*le 6 février 2013*).

L'honorable sénateur McIntyre a remplacé l'honorable sénateur Plett (*le 4 février 2013*).

ORDER OF REFERENCE

Extract from the *Journals of the Senate*, Thursday, June 7, 2012:

Resuming debate on the motion of the Honourable Senator Watt, seconded by the Honourable Senator Lovelace Nicholas, for the second reading of Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal treaty rights).

After debate,

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

The bill was then read the second time.

The Honourable Senator Watt moved, seconded by the Honourable Senator Fraser, that the bill be referred to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

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

ORDRE DE RENVOI

Extrait des *Journaux du Sénat*, du jeudi 7 juin 2012 :

Reprise du débat sur la motion de l'honorable sénateur Watt, appuyée par l'honorable sénateur Lovelace Nicholas, tendant à la deuxième lecture du projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités).

Après débat,

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le projet de loi est alors lu pour la deuxième fois.

L'honorable sénateur Watt propose, appuyé par l'honorable sénateur Fraser, que le projet de loi soit renvoyé au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

La motion, mise aux voix, est adoptée.

Le greffier du Sénat,

Gary W. O'Brien

Clerk of the Senate

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Wednesday, February 27, 2013
(70)

[*English*]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day, at 4:17 p.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Bob Runciman, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Boisvenu, Fraser, Frum, Joyal, P.C., McIntyre, Plett, Rivest, Runciman and White (10).

Other senator present: The Honourable Senator Watt (1).

In attendance: Lyne Casavant and Christine Morris, Analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Thursday, June 7, 2012, the committee began its consideration of Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal treaty rights).

WITNESSES:

The Honourable Senator Charlie Watt, sponsor of the Bill.

Justice Canada:

Bruce Becker, Acting Senior General Counsel, Aboriginal Law Centre;

Paul Salembier, General Counsel, Operations and Programs, Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, Legal Services Unit.

The chair made an opening statement.

The Honourable Senator Watt made a statement and answered questions.

At 4:58 p.m., the committee suspended.

At 5:03 p.m., the committee resumed.

Mr. Becker made a statement and, together with Mr. Salembier, answered questions.

At 5:50 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

PROCÈS-VERBAUX

OTTAWA, le mercredi 27 février 2013
(70)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 16 h 17, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Bob Runciman (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Boisvenu, Fraser, Frum, Joyal, C.P., McIntyre, Plett, Rivest, Runciman et White (10).

Autre sénateur présent : L'honorable sénateur Watt (1).

Également présentes : Lyne Casavant et Christine Morris, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 7 juin 2012, le comité entreprend son étude du projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités).

TÉMOINS :

L'honorable sénateur Charlie Watt, parrain du projet de loi.

Justice Canada :

Bruce Becker, avocat général principal par intérim, Centre de droit autochtone;

Paul Salembier, avocat général, Unité des services juridiques, Affaires autochtones et Développement du Nord Canada.

Le président ouvre la séance.

L'honorable sénateur Watt fait une déclaration et répond aux questions.

À 16 h 58, la séance est suspendue.

À 17 h 3, la séance reprend.

M. Becker fait un exposé puis, avec M. Salembier, répond aux questions.

À 17 h 50, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, Thursday, February 28, 2013
(71)

[English]

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs met this day at 10:30 a.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Bob Runciman, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Boisvenu, Dagenais, Fraser, Frum, Jaffer, Joyal, P.C., McIntyre, Rivest, Runciman, Watt and White (12).

In attendance: Lyne Casavant and Christine Morris, Analysts, Parliamentary Information and Research Service, Library of Parliament.

Also in attendance: The official reporters of the Senate.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Thursday, June 7, 2012, the committee continued its consideration of Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal treaty rights).

WITNESSES:

Nunavut Tunngavik Inc.:

Cathy Towtongie, President;
Laurie Pelly, Legal Counsel.

As an individual:

Sébastien Grammond, Dean, Faculty of Civil Law, University of Ottawa.

Congress of Aboriginal Peoples:

Betty Ann Lavallée, National Chief;
Ron Swain, National Vice-Chief.

The chair made an opening statement.

Ms. Towtongie made a statement and, together with Ms. Pelly, answered questions.

At 11:15 a.m., the committee suspended.

At 11:47 a.m., the committee resumed.

Ms. Lavallée and Mr. Grammond each made a statement and, together with Mr. Swain answered questions.

At 12:43 p.m., the committee suspended.

At 12:46 p.m., the committee resumed.

It was agreed that the committee proceed to clause-by-clause consideration of Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal treaty rights).

It was agreed that the title stand postponed.

The chair called clause 1.

OTTAWA, le jeudi 28 février 2013
(71)

[Traduction]

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles se réunit aujourd'hui, à 10 h 30, dans la salle 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Bob Runciman (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Boisvenu, Dagenais, Fraser, Frum, Jaffer, Joyal, C.P., McIntyre, Rivest, Runciman, Watt et White (12).

Également présentes : Lyne Casavant et Christine Morris, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le jeudi 7 juin 2012, le comité poursuit son étude du projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités).

TÉMOINS :

Nunavut Tunngavik Inc. :

Cathy Towtongie, présidente;
Laurie Pelly, conseillère juridique;

À titre personnel :

Sébastien Grammond, doyen, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

Congrès des peuples autochtones :

Betty Ann Lavallée, chef nationale;
Ron Swain, vice-chef national.

Le président ouvre la séance.

Mme Towtongie fait un exposé puis, avec Mme Pelly, répond aux questions.

À 11 h 15, la séance est suspendue.

À 11 h 47, la séance reprend.

Mme Lavallée et M. Grammond font chacun un exposé puis, avec M. Swain, répondent aux questions.

À 12 h 43, la séance est suspendue.

À 12 h 46, la séance reprend.

Il est convenu que le comité procède à l'étude article par article du projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités).

Il est convenu de reporter l'étude du titre.

Le président met l'article 1 aux voix.

The Honourable Senator Joyal, P.C. moved:

That bill S-207 be amended in clause 1, on page 1, by replacing, in the French version, line 6 with the following:

“8.3 Nul texte ne porte atteinte aux droits”.

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

It was agreed that clause 1, as amended, carry.

It was agreed that the title carry.

It was agreed that the bill, as amended, carry.

It was agreed that the chair report the bill to the Senate.

At 12:50 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

L'honorable sénateur Joyal propose :

Que le projet de loi S-207 soit modifié, à l'article 1, page 1, pour remplacer la ligne 6 de la version française par ce qui suit :

« 8.3 Nul texte ne porte atteinte aux droits ».

La motion d'amendement, mise aux voix, est adoptée.

Il est convenu d'adopter l'article 1 modifié.

Il est convenu d'adopter le titre.

Il est convenu d'adopter le projet de loi modifié.

Il est convenu que la présidence fasse rapport du projet de loi modifié au Sénat.

À 12 h 50, le comité s'ajourne jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

La greffière du comité,

Shaila Anwar

Clerk of the Committee

REPORT OF THE COMMITTEE

Thursday, February 28, 2013

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs has the honour to present its

TWENTY-FIRST REPORT

Your committee, to which was referred Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal and treaty rights), has, in obedience to the order of reference of Thursday, June 7, 2012, examined the said Bill and now reports the same with the following amendment:

Clause 1, page 1:

Replace, in the French version, line 6 with the following:

“**8.3** Nul texte ne porte atteinte aux droits”.

Respectfully submitted,

Le président,

BOB RUNCIMAN

Chair

RAPPORT DU COMITÉ

Le jeudi 28 février 2013

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a l'honneur de présenter son

VINGT-ET-UNIÈME RAPPORT

Votre comité, auquel a été renvoyé le projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités), a, conformément à l'ordre de renvoi du jeudi 7 juin 2012, examiné ledit projet de loi et en fait maintenant rapport avec la modification suivante :

Article 1, page 1 :

Remplacer la ligne 6 par ce qui suit :

« **8.3** Nul texte ne porte atteinte aux droits ».

Respectueusement soumis,

EVIDENCE

OTTAWA, Wednesday, February 27, 2013

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal and treaty rights), met this day, at 4:17 p.m., to give consideration to the bill.

Senator Bob Runciman (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Good afternoon, and welcome colleagues, guests and members of the general public who are following today's proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. We are meeting today to begin our consideration of Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act, which deals with non-derogation of Aboriginal and treaty rights. This bill was introduced in the Senate by the Honourable Senator Charlie Watt, from Inkerman, Quebec, on December 13, 2011.

According to the summary, the purpose of Bill S-207 is to amend the Interpretation Act to prevent any other legislation from abrogating or derogating from the Aboriginal and treaty rights recognized and affirmed by section 35 of the Constitution Act, 1982.

This is our first meeting on the bill, and these committee hearings are open to the public and also available via webcast. You can find more information on the schedule of meetings, webcasts and archives on the parliamentary website under "Senate Committees."

I was going to introduce the members, but we will do it at a later date. We have new members joining the committee, but I will wait for a later date to do that when it may be more appropriate.

We begin with our first witness. I am pleased to welcome the Honourable Senator Watt to introduce his bill before the committee today.

Senator Watt, you have the floor.

Hon. Charlie Watt, sponsor of the bill: Thank you, Mr. Chair.

Honourable senators, thank you for the opportunity to speak with you today on the subject of Bill S-207. For those of you who were here during the discussions of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs in 2006 and 2007, you will remember having had the background on this bill because it draws on the work adopted by the Senate standing committee in the 2007 report called *Taking section 35 rights seriously: Non-derogation Clauses relating to Aboriginal and treaty rights*.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mercredi 27 février 2013

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités), se réunit aujourd'hui, à 16 h 17, pour l'étude du projet de loi.

Le sénateur Bob Runciman (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Chers collègues, mesdames et messieurs les invités, et membres du public assistant à cette séance du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, bonjour. Soyez les bienvenus. Nous nous réunissons aujourd'hui afin d'entamer notre examen du projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités). Ce projet de loi a été présenté au Sénat le 13 décembre 2011 par l'honorable sénateur Charlie Watt, d'Inkerman, au Québec.

Selon le sommaire, le projet de loi S-207 a pour objet de modifier la Loi d'interprétation en prévoyant qu'aucun texte ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

C'est notre première séance consacrée à l'examen de ce projet de loi. Les séances du comité sont ouvertes au public et diffusées sur le Web. Vous trouverez sur le site Internet du Parlement, à la rubrique « Comités du Sénat », le calendrier des séances et des web-émissions ainsi que des renseignements concernant les archives.

J'allais présenter les membres du comité, mais nous ferons cela ultérieurement. De nouveaux membres se sont joints à nous, mais j'attendrai un moment plus propice pour faire les présentations.

Nous allons donner la parole à notre premier témoin. J'ai le plaisir d'accueillir l'honorable sénateur Watt qui va présenter au comité son projet de loi.

Monsieur le sénateur, vous avez la parole.

Hon. Charlie Watt, parrain du projet de loi : Merci, monsieur le président.

Honourables sénateurs, je vous remercie de l'occasion qui m'est donnée aujourd'hui d'évoquer devant vous le projet de loi S-207. Ceux et celles d'entre vous présents en 2006 et 2007 lors des discussions du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, se souviendront du contexte dans lequel ce projet de loi s'inscrit puisqu'il s'inspire des travaux du Comité sénatorial permanent consignés dans son rapport de 2007 *Prendre au sérieux les droits confirmés à l'article 35 : Dispositions de non-dérogation visant les droits ancestraux et issus de traités*.

Because you were well versed on this issue I will keep my remarks brief, but for the viewing public I will give a short overview of why I have introduced this bill.

As honourable senators know, I have been in this chamber for almost 30 years. Before my appointment I led the negotiation on the James Bay and Northern Quebec Agreement, which was the first modern treaty in Canada. It was concluded in 1975.

I then directed the implementation of the agreement through the creation of business and administrative tools, such as Makivik Corporation, which is a first rights corporation; the Kativik Regional Government, which is a public body; the Kativik School Board, which is another public body; the Kativik Regional Police Force; and the Kativik Environmental Quality Commission, an economic development instrument.

This modern treaty provided the basis for all treaties in Canada that came after it but before the patriation of the Constitution. At that time, we had no constitutional protections that explicitly recognized our rights. The James Bay and Northern Quebec Agreement also led to the first amendment of the Constitution, specifically section 35, following 1982.

For the record, I was also part of the repatriation of the Constitution and led the negotiations of section 35 on behalf of the Aboriginal people. At the beginning, the best we could do was to come up with a unified legislation, an attempt to tie the hands of the two legislatures, federal and provincial, because there was no constitutional recognition at the time. Then during the patriation, we made sure our rights contained in the agreement would be constitutionally protected.

I still have a deep interest in this subject and continue to follow the process and evolution of the system very closely. Over the years, I have learned to juggle the thinking of parliamentarians and Aboriginals. Sometimes it is a very difficult job.

Notwithstanding that the Supreme Court has made it clear that as of 1982 the Constitution prevails over Parliament, we have seen a shift of parliamentary authority as government bureaucrats take control of issues that are not theirs to claim. In some cases, the bureaucrats are dictating to Parliament what Parliament should do on specific issues. That is not their place.

Honourable senators, Parliament needs to maintain control of certain critical issues. One of those issues is the ability to direct government bureaucrats as to the place of Parliament in the rule of law. I believe that Parliament exists for the will of the people, and it is our role to uphold the honour of the Crown and to protect the Constitution and the rights of all Canadians. If we do not have a mechanism to hold them accountable, departments will continue to make private judgment calls on policy, and parliamentarians will be kept out of the loop on some delicate and important issues. The courts have held clearly that policy is not law. All Canadians want to assume that our government is

Vous connaissez bien la question et je vais donc être concis. Je tiens cependant à donner, à l'intention du public, un bref aperçu des raisons qui m'ont porté à présenter ce projet de loi.

Comme vous le savez, honorables sénateurs, cela fait presque 30 ans que j'ai été nommé à la Chambre. Avant de devenir sénateur, j'ai conduit les négociations relatives à la Convention de la baie James et du Nord québécois, le premier traité moderne conclu au Canada. Cela remonte à 1975.

J'ai ensuite assuré la mise en œuvre de la convention par des moyens tant commerciaux qu'administratifs, tels que la création de la Société Makivik, émanation des droits ancestraux; le gouvernement régional de Kativik, organisme public; la Commission scolaire Kativik, autre organisme public; le Corps de police régional Kativik; et la Commission de la qualité de l'environnement Kativik, instrument de développement économique.

Ce traité moderne est le fondement de tous les traités ultérieurement conclus au Canada avant le rapatriement de la Constitution. Nous ne bénéficions, à l'époque, d'aucune garantie constitutionnelle formelle de nos droits. La Convention de la baie James et du Nord québécois est en outre à l'origine du premier amendement de la Constitution adopté après 1982, l'article 35.

Je rappelle pour mémoire que j'ai participé aussi au rapatriement de la Constitution et conduit, au nom des peuples autochtones, les négociations relatives à l'article 35. Au départ, nous n'avons fait qu'obtenir une législation unifiée et tenté de lier par là même les mains du législateur fédéral et des législatures provinciales car, à l'époque, nos droits n'étaient pas reconnus par la Constitution. Lors du rapatriement de la Constitution, nous avons fait en sorte que les droits prévus dans la Convention fassent l'objet de garanties constitutionnelles.

J'éprouve pour ce sujet un intérêt profond et continue à suivre de très près la situation. Au fil des ans, j'ai appris à jongler avec le mode de penser des parlementaires et celui des Autochtones. Ce n'est pas toujours facile.

La Cour suprême a, certes, précisé que depuis 1982 la Constitution l'emporte sur la législation, mais nous constatons un certain déplacement de l'autorité du Parlement, les bureaucrates saisissant le contrôle dans des domaines qui ne leur appartiennent pas. Dans certains cas, ce sont les bureaucrates qui dictent au législateur ce que le Parlement devrait faire à l'égard de telle ou telle question. Or, ce rôle ne leur appartient pas.

Honorables sénateurs, le Parlement doit conserver la maîtrise de certaines questions essentielles. Une de ces questions est le besoin de faire comprendre aux bureaucrates la place qui, dans un État de droit, revient au Parlement. Le Parlement existe par la volonté du peuple, et il nous appartient de présenter l'honneur de la Couronne, et d'être les garants de la Constitution et des droits de tous les Canadiens. Si nous n'instaurons pas un mécanisme permettant d'engager la responsabilité des bureaucrates, les ministères continueront à fixer les grandes orientations en fonction d'une appréciation des faits qui leur est propre et les parlementaires se verront tenus à l'écart de dossiers à la fois

looking out for our best interests. We need to ensure that the dialogue of Parliament will be open and available to the Canadian public.

Honourable senators, beyond this I believe we need this bill to bring consistency and clarity to the legislation. Existing federal statutes do not all contain non-derogation clauses. Amending the Interpretation Act would make it clear that all legislation is intended to be read as having a non-derogation clause.

This bill also functions as a signal to drafters of legislation that all statutes must be consistent with section 35 and section 25. It will make sure that Constitutional protection is afforded to Aboriginal rights and that treaties are respected and protected. It will ensure that they are considered at the drafting stage and throughout the process.

For many, the inner workings of the Department of Justice seem to be a mystery. In my opinion, the department should have a more transparent vetting process to bring understanding to how some bills manage to pass scrutiny; but that is beyond the scope of what I am here for today.

In Bill S-207, we are asking that Aboriginal people be treated fairly and equally with the same rights assumed by all Canadians. This is reasonable, responsible and consistent with the Constitution, which has been the law of the land since 1867 and enhanced in 1982. It is also consistent with the fiduciary duties of the Government of Canada. This bill does not top up or add anything to existing Aboriginal rights in Canada. This bill does not address the content of section 35. This bill is only about process. This bill does not change existing treaties. It does not change the rights of anyone. This bill forces derogation issues to be flagged by the department to give Parliament the chance to debate the issues and bring the debate into the open so that it cannot be avoided or removed from parliamentary scrutiny.

I will say again that this bill is simply a statement of parliamentary intent. If Parliament wishes to infringe on Aboriginal rights, this bill says that Parliament must declare its intentions. Although it is a simple approach, this bill will prevent overzealous government employees from overstepping their mandate to cause undue stress in Aboriginal communities and unnecessary, expensive and often-repeated conversations in Parliament.

This bill could be seen as a small gesture of good faith for the government as it moves forward with its consultations with First Nations and other Aboriginal groups in Canada. Some honourable senators might think that this bill will be retroactive, but this is not the case. In my view, this bill

déliçats et importants. Les tribunaux ont eu l'occasion de rappeler la différence entre loi et politique gouvernementale. Les Canadiens voudraient être sûrs que le gouvernement veille à leurs intérêts. Il nous faut faire en sorte que le dialogue entretenu au Parlement soit ouvert aux citoyens.

Honorables sénateurs, au-delà de ces considérations, le projet de loi qui retient aujourd'hui notre attention permettra d'assurer à la législation la cohérence et la clarté nécessaires. Les lois fédérales actuellement en vigueur ne comportent pas toutes des dispositions de non-dérogation. La modification de la Loi d'interprétation précisera que toute loi doit être interprétée comme comportant une clause de non-dérogation.

Ce projet de loi aura en outre pour effet de rappeler aux rédacteurs législatifs que tout texte de loi doit nécessairement être conforme aux articles 35 et 25. Il assurera la garantie constitutionnelle aux droits autochtones, ainsi que le respect et la sauvegarde des traités. Il fera en sorte que ces droits et ces traités soient pris en compte dès l'étape de la rédaction d'un texte et au cours de la procédure qui suit.

Nombreux sont ceux qui voient dans le fonctionnement interne du ministère de la Justice un milieu impénétrable. La procédure d'examen des textes au ministère de la Justice devrait d'après moi être plus transparente, afin que l'on puisse mieux comprendre comment certains projets de loi parviennent à passer. Mais c'est là une question qui s'écarte aujourd'hui de mon propos.

Nous demandons, par ce projet de loi S-207, que les peuples autochtones soient traités équitablement, dans le respect des droits que tous les Canadiens tiennent pour acquis. C'est une revendication raisonnable et responsable et, qui plus est, conforme à la Constitution, la loi suprême du pays depuis 1867, et encore plus depuis 1982. Cela est également conforme à l'obligation fiduciaire qui incombe au gouvernement du Canada. Ce projet de loi n'ajoute rien aux droits ancestraux existants. Il ne concerne pas la teneur de l'article 35. Il n'intéresse que les procédures applicables. Il ne modifie les droits de quiconque. Ce projet de loi oblige simplement le ministère à signaler les éventuels problèmes de dérogation pour que le Parlement puisse en débattre ouvertement et pour que le problème ne soit pas éludé ou soustrait à l'examen du législateur.

J'insiste bien sur le fait que ce projet de loi ne fait qu'énoncer l'intention du Parlement. Aux termes de ce projet de loi, si le législateur entend empiéter sur les droits ancestraux, il doit le dire clairement. L'approche est simple, mais ce projet de loi va empêcher les fonctionnaires zélés d'outrepasser leur mandat, inspirer des inquiétudes aux communautés autochtones ou susciter, au Parlement, des débats superflus, coûteux et récurrents.

Ce projet de loi peut être vu comme un signe de bonne foi de la part du gouvernement engagé, comme il l'est, dans des consultations avec les Premières nations et autres groupes autochtones. Certains de mes honorables collègues pensent peut-être que ce projet de loi aura effet rétroactif, mais ce n'est

declares Parliament's desire to have all its legislation interpreted so as to protect Aboriginal and treaty rights, past, present and future.

In Bill S-207, which is a bill of the people, I have kept the language simple, concise and cost-neutral. As a senator, it is my privilege to consult with Canadians and to create opportunity for consultation in person. I had strong input from legal counsel from national Aboriginal organizations.

Although we are looking at this in the context of federal legislation, I would like to remind honourable senators that the provinces are already dealing with this. To date, the Manitoba and Saskatchewan legislatures have adopted an almost identical non-derogation provision. Bill S-207 is rooted in the study conducted by the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. For this reason, I would like the Senate to send it to the House of Commons for debate.

Senators, I know that we might face some grumbling from government workers in departments accustomed to calling the shots, but we have the responsibility and the right to keep this dialogue respectful of the Constitution and in Parliament where it belongs. *Nakurmiik*. Thank you.

Senator Fraser: Senator Watt, welcome back to this committee. Senator Watt was a member of this committee for quite a few years, including the years when we were doing the study of non-derogation clauses. He was very helpful to us at that time.

The report you mentioned by this committee as a result of that study in 2007 suggested that the Interpretation Act be amended exactly as your bill proposes. The report went further and recommended that existing non-derogation clauses, which are scattered throughout various bits of legislation in various forms, some stronger than others, be abrogated — removed — as a result of this.

You have chosen not to include that in your bill. Was that so that, as you said in your statement, we would take this bill going forward rather than retroactively, to avoid difficulties that way?

Senator Watt: Yes, that is exactly what I am trying to say here. I do believe that when Parliament goes through the pieces of legislation that have already been dealt with, when they decide to bring them back for review, maybe at that time they would be able to deal with it. However, at this point I see this as sort of adding on to something that may not be necessary at this point, so I left it out.

pas le cas. Selon moi, ce projet de loi exprime la volonté du Parlement de voir ses lois interprétées comme protégeant les droits ancestraux et issus des traités, que ces droits existent depuis toujours ou qu'ils soient reconnus à l'avenir.

Le projet de loi S-207, texte émanant du peuple, est rédigé en termes simples et concis. C'est en outre un texte qui n'entraîne aucun coût nouveau. J'ai l'honneur, en tant que sénateur, de me livrer à des consultations avec les Canadiens et de susciter l'occasion d'un dialogue personnel. Je me suis par ailleurs assuré l'apport des conseillers juridiques d'organisations autochtones nationales.

Notre examen a lieu dans le contexte de la législation fédérale, mais je tiens à rappeler aux honorables sénateurs que les provinces se sont elles aussi engagées dans cette voie. Les assemblées législatives du Manitoba et de la Saskatchewan ont déjà adopté une disposition de non-dérogation quasi identique. Le projet de loi S-207 est ancré dans l'étude menée par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. C'est pour cela que je souhaite voir le Sénat le renvoyer à la Chambre afin qu'il y soit débattu.

Honorables sénateurs, je n'ignore pas que nous risquons de susciter un certain mécontentement chez les fonctionnaires de ministères qui ont pris l'habitude de décider souverainement, mais nous avons à la fois le devoir et le droit de faire en sorte que le dialogue ait lieu dans le respect de la Constitution et qu'il conserve la place qui est la sienne, c'est-à-dire au sein du Parlement. *Nakurmiik*. Je vous remercie.

La sénatrice Fraser : Monsieur le sénateur, c'est avec plaisir que nous vous accueillons à nouveau au comité. Le sénateur Watt a été membre du comité pendant de nombreuses années, et notamment à l'époque où nous préparions l'étude sur les dispositions de non-dérogation. Il a beaucoup contribué aux délibérations du comité.

Le rapport que vous avez évoqué, rédigé par le comité à l'issue de l'étude menée en 2007 recommandait que la Loi d'interprétation soit modifiée exactement dans le sens proposé par votre projet de loi. Le rapport allait plus loin encore puisqu'il recommandait l'abrogation des dispositions de non-dérogation qui se trouvent actuellement dans divers textes de loi, parfois libellées différemment et en termes plus ou moins robustes.

Vous avez vous-même décidé de ne pas proposer cela dans le cadre de votre projet de loi. Est-ce parce que, comme vous l'avez dit dans votre exposé, il s'agit de légiférer pour l'avenir, sans effet rétroactif, afin d'éviter les difficultés?

Le sénateur Watt : Oui, c'est en effet ce que je souhaite faire comprendre. J'estime que, d'après moi, la question pourra se régler lorsque le Parlement procédera au réexamen des textes en vigueur. Au point où nous en sommes, je pense que ce serait mettre dans le texte quelque chose qui n'est pas pour l'instant nécessaire et c'est pour cela que ça n'y figure pas.

Senator Fraser: Just one other question, if I may, chair. I want to be very clear about the impact of this bill.

The Interpretation Act applies to all federal legislation once it becomes law.

Senator Watt: Correct.

Senator Fraser: However, as you know, in the *Sparrow* case in particular, the courts have said that sometimes rights — and that would include Aboriginal rights — have to be balanced off against other rights or matters of pressing public interest.

If we adopt your bill, will Parliament still have the power, when a bill comes before it, to insert some form of separate non-derogation clause where it is deemed necessary?

As I read your bill, and as I listened to you, it seemed to me that what you were saying was that if you have to go further than this clause, it has to be done on a case-by-case basis, on a special basis, and subject to debate in Parliament. Am I understanding you?

Senator Watt: In a sense, that is the direction I am going in. It would be very important to the Aboriginal groups that if the signal could be provided, there will be entrenchment beforehand. That would give the Aboriginal groups a chance to thoroughly study it and see what the implications will be. If we ended up having sort of a blanket but without indicating that from time to time there will be infringement, and when infringement takes place, then we have to deal with it at that time, so maybe the specific amendment can be dealt with.

The Chair: There is a non-derogation clause in, I think, 19 separate acts currently. If you incorporate a non-derogation clause in the Interpretation Act, what will the impact be? Will that create a significant degree of confusion? Do you see impact occurring as a result of two different wordings?

Senator Watt: This is one of the concerns we had so that we do not end up providing confusion on this. Rather than try to deal with it at the same time, what has already been done before and the way that the procedure will be in the future, if you try to deal with them, it might cause some confusion. We are trying our best to separate the two.

The Chair: Ultimately, you would see these other statutes being amended?

Senator Watt: The already existing statutes will be dealt with when they are brought in; maybe that is when we can deal with it.

Senator White: I am reading through, and my understanding of what you are saying — and thank you very much for being here today — is the suggestion that each and every time Aboriginal

La sénatrice Fraser : Si vous le permettez, monsieur le président, j'aurais une autre question. Je souhaiterais que l'on précise les incidences qu'aura ce projet de loi.

La Loi d'interprétation s'applique à l'ensemble de la législation fédérale.

Le sénateur Watt : C'est exact.

La sénatrice Fraser : Vous savez, cependant, que les tribunaux judiciaires, dans l'arrêt *Sparrow* par exemple, ont eu l'occasion de dire que certains droits — et cela comprendrait les droits ancestraux — doivent être pondérés par rapport à d'autres droits ou questions intéressant au plus haut point l'intérêt public.

Si nous adoptons votre texte, le Parlement aura-t-il toujours, lorsqu'un projet de loi lui est présenté, les moyens d'y insérer une disposition de non-dérogation distincte s'il juge que c'est nécessaire?

Si j'interprète correctement votre projet de loi, et ce que vous en avez dit, lorsqu'il y a lieu d'aller au-delà de cette disposition de non-dérogation, il faut procéder cas par cas, la question devant faire l'objet, devant le Parlement, d'un débat particulier. Vous ai-je bien compris?

Le sénateur Watt : C'est dans une certaine mesure, effectivement mon propos. Les groupes autochtones jugent important d'être prévenus à l'avance. Cela leur donne l'occasion de réfléchir à la disposition envisagée et d'en étudier les incidences possibles. Si, en effet, nous adoptons une sorte de disposition générale sans pour cela prévoir qu'il pourrait de temps en temps avoir empiètement, il nous faudrait, le cas échéant, tenter de résoudre le problème par un amendement spécifique.

Le président : Je crois savoir qu'actuellement 19 textes de loi distincts contiennent une disposition de non-dérogation. Quelles seront les incidences d'une clause de non-dérogation inscrite dans la Loi d'interprétation? Cela ne pourrait-il pas créer de la confusion? Quelles pourraient être, selon vous, les incidences de deux libellés différents?

Le sénateur Watt : Nous nous sommes interrogés sur ce point, car nous ne souhaitons pas que cela soit une source de confusion. En voulant régler la question en même temps, on risquait de créer de la confusion. C'est pourquoi nous avons tenté d'opérer entre les deux une distinction.

Le président : Mais, d'après vous, il faudra éventuellement modifier les autres lois?

Le sénateur Watt : La question des lois actuellement en vigueur sera réglée lors de leur réexamen. C'est peut-être à ce moment-là qu'il conviendra de se prononcer.

Le sénateur White : Je parcours le texte, et si j'ai bien compris ce que vous nous dites — je tiens, en passant, à vous remercier de votre présence ici — c'est que lorsque l'occasion se présente, les

groups would look at whether there would be an impact. Would they not do that now anyway, without this clause?

Senator Watt: Not necessarily, no. From my experience over the last 30 years, that does not always happen, unless these Aboriginal groups are demanding that a non-derogation clause be inserted into the bill.

Senator White: As there has been in 19 bills.

Senator Watt: In those four bills that I can remember clearly, related to Aboriginal issues, they were designed to deal with non-derogation, specifically geared towards the actual needs of that particular community. If the community desired to have a non-derogation clause, their interpretation would have to be incorporated into that. That might not apply to other Aboriginal groups. It is almost tailor-made. I do not want to wrestle with the ones that have already been done; otherwise we may end up having a lot of Aboriginals upset over those things because they thought they already dealt with them in the past.

Senator White: I know you have talked about Northern Quebec and, in particular, the Inuit. What kind of opinion are we getting from Inuvialuit, Nunavut Tunngavik, NCI, Labrador Inuit in relation to this?

Senator Watt: In relation to Bill S-207? After the report was done by the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, we looked at the recommendations very closely. On top of that, I was also a part of this, to a certain extent, even though I was not part of the committee at the time. Their legal people certainly were involved.

We had direct input from all those national organizations. They were also representing the regional organizations, such as in Labrador, for example; Makivik Corporation, which is Quebec; Inuvialuit, which is the Western Arctic side; and Nunavut. We had definite input, and the directions were also given, in other words, the legal people I was able to put together, as a group of people, to help us to move forward and advance the recommendations of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. I did not change anything other than dropping a few things, but tried to advance what was recommended, word for word.

Senator White: In saying that, you anticipate support from each of those groups?

Senator Watt: Yes. As a matter of fact, up until last night, I know that tomorrow there will be another witness coming in from Nunavut. I know that their legal representative was very much part of the process, but I was a bit worried, so I had to talk to

représentants autochtones examineront le texte afin d'en étudier les incidences. Mais n'est-ce pas comme cela que les choses se passent actuellement, même en l'absence d'une telle disposition?

Le sénateur Watt : Non, pas nécessairement. Mon expérience de plus de 30 ans me démontre que ce n'est pas toujours le cas, à moins que les groupes autochtones concernés ne demandent qu'une disposition de non-dérogation soit inscrite dans le projet de loi.

Le sénateur White : Il y a eu 19 projets de loi.

Le sénateur Watt : Dans les quatre projets de loi dont j'ai un souvenir précis, touchant des questions intéressant de près les Autochtones, le texte prévoyait, en matière de non-dérogation, une disposition répondant de manière précise aux besoins de la communauté concernée. Si cette communauté souhaitait voir inscrire dans le texte une disposition de non-dérogation, son interprétation serait incorporée au texte. Cette interprétation ne serait pas nécessairement celle d'autres groupes autochtones. Ce serait, en quelque sorte, une disposition faite sur mesure. Je ne souhaite pas m'attaquer aux dispositions déjà inscrites dans un texte de loi car nous risquerions alors de mécontenter de nombreux Autochtones qui pensaient que la question était réglée.

Le sénateur White : Vous avez évoqué le Nord québécois et, plus particulièrement, les Inuits. Quels sont, à cet égard, les avis qui nous proviennent des Inuvialuit, de Nunavut Tunngavik, de NTI, ou des Inuits du Labrador?

Le sénateur Watt : En ce qui concerne le projet de loi S-207? Après le rapport du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, nous avons soumis à un examen approfondi les recommandations qu'il contenait. J'ai, dans une certaine mesure, participé à cet exercice même si je n'étais plus membre du comité. Leurs conseillers juridiques y ont activement participé.

Nous avons bénéficié de l'apport direct de toutes ces organisations nationales. Étaient également représentées les organisations régionales, notamment celles du Labrador, ainsi que la société Makivik, du Québec, les Inuvialuit, de l'ouest de l'Arctique et le Nunavut. Il y a donc eu de multiples apports et nous avons en outre bénéficié des conseils des juristes que j'ai pu réunir et qui, collectivement, nous ont aidés à avancer les recommandations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Je n'ai fait que supprimer quelques petites choses, mais je n'ai rien changé. J'ai simplement tenté de mettre en avant, textuellement, ce qui était recommandé.

Le sénateur White : Cela veut-il dire que vous pensez obtenir l'appui de tous ces groupes?

Le sénateur Watt : Oui. En fait, jusqu'à la nuit dernière, je n'étais pas encore certain, mais je sais maintenant que nous allons accueillir demain un autre témoin du Nunavut. Je sais que leur conseiller juridique a participé activement à ce que nous avons

them yesterday to see where they would be coming from. There is strong support.

Senator White: You did not lose them overnight?

Senator Watt: No.

Senator McIntyre: Senator Watt, thank you for your presentation.

I had an opportunity to review the December 2007 report, of which you were a member. I found it to be a very interesting report.

In reading the report, it appears to me that over the years, Parliament has been faced with various post-1982 federal non-derogation clauses relating to Aboriginal and treaty rights. Those clauses can basically be broken down as follows: the original wording, the revised wording, the wording proposed in the 2007 report and, finally, the clause proposed in Bill S-207.

I note that the non-derogation clause proposed in the 2007 report differs from the English version of the clause proposed in your bill. In your opinion, are there any material differences between the two versions?

Senator Watt: This is one of the issues that, when we move forward, I was going to indicate that we need to have somebody to make the move that there will be English and French identical. As a matter of fact, I even had it written down. I think it is important for it to be interpreted the same way. I am not sure whether I am answering your question.

Senator McIntyre: What I am driving at is that there are various different wordings. For example, I read the original wording, I read the revised wording, I read the wording in the December 2007 report, and I read the wording in Bill S-207, and every time I find a different version.

Senator Watt: I agree with you.

Senator McIntyre: I am just wondering if this will not lead to more confusion on the part of parliamentarians and Aboriginal people.

Senator Watt: I hope when they review the legislation that was brought forward in the past that there will be time to make some corrections on them to follow what I am trying to propose here. We end up with the one set of interpretations rather than five or six interpretations, but that is the case today. I agree with you.

Senator Joyal: I have a comment on the French version. I know it is not your mother tongue. I have a question about the French text of clause 8.3. It seems to me there are two negatives in the first sentence and two negatives equate to a positive. That is a rule of grammatical logic.

fait, mais j'étais un peu inquiet et j'ai dû, hier, m'entretenir avec eux et leur demander de préciser leur position. Ils y sont donc fermement acquis.

Le sénateur White : Vous n'avez donc pas, pendant la nuit, perdu leur appui?

Le sénateur Watt : Non.

Le sénateur McIntyre : Monsieur le sénateur, je vous remercie de votre exposé.

J'ai eu l'occasion d'étudier le rapport de décembre 2007, auquel vous avez participé. J'y ai pris beaucoup d'intérêt.

Je constate, à la lecture de ce rapport, qu'au cours des ans, le Parlement a eu, après 1982, à se pencher sur diverses clauses de non-dérogation concernant les droits ancestraux et issus de traités. Voilà comment ma question se subdivise : le libellé initial, le libellé modifié, celui qui est proposé dans le rapport de 2007 et, enfin, la disposition qui figure dans le projet de loi S-207.

Je constate que la clause de non-dérogation telle que formulée dans le rapport de 2007 s'écarte de la version anglaise de la disposition telle que proposée dans votre projet de loi. Y a-t-il, d'après vous, une différence sensible entre les deux versions?

Le sénateur Watt : C'est une des questions que j'allais soulever, car il faudrait que quelqu'un propose une version française qui correspond exactement à l'anglais. J'avais d'ailleurs pris ça en note. Il est essentiel, me semble-t-il, que les deux versions fassent l'objet d'une même interprétation. Je ne suis pas sûr en disant cela de répondre à votre question.

Le sénateur McIntyre : Je dis simplement qu'il existe des libellés différents. C'est ainsi que le libellé initial, le libellé revu, celui qui figure dans le rapport de décembre 2007 et celui que l'on trouve dans le projet de loi S-207 sont tous différents.

Le sénateur Watt : J'en conviens.

Le sénateur McIntyre : Je me demande simplement si cela ne va pas être, pour les parlementaires et les peuples autochtones, une source de confusion.

Le sénateur Watt : J'espère qu'ils étudieront les formules antérieures et qu'ils auront le temps de les corriger dans le sens de ce que je propose ici. Nous finirions ainsi par obtenir une interprétation cohérente plutôt que les cinq ou six que nous avons actuellement. Je suis d'accord avec vous.

Le sénateur Joyal : J'aurais une observation à faire au sujet de la version française. Je sais que ce n'est pas votre langue maternelle. Ma question concerne la version française de l'article 8.3. La première phrase comporte, me semble-t-il, une double négation. Or, selon une règle de logique grammaticale, un double négatif donne un positif.

I think the French text should read:

[*Translation*]

Nul texte ne porte atteinte...

[*English*]

In my opinion, the word “pas” after “porte” is redundant.

[*Translation*]

Nul texte ne porte pas atteinte aux droits ancestraux issus de traités.

[*English*]

If you say “Nul texte ne porte pas atteinte,” it means that they affect the rights. Before we vote, Mr. Chair, I would like to check that translation. It seems to be defective. I might be wrong, but at first sight when I read it, it seems to be defective.

The Chair: Is that the only discrepancy you find in the French?

Senator Joyal: If we want to be faithful to the English version — and I think the English version is the meaning Senator Watt is looking for and is well defined in the committee report from 2007 — we should review that, through the research staff from our library, before a future meeting. I wanted to raise it immediately so we have time to check it for consideration. I do not expect Senator Watt to make comments because it is not his mother language.

Senator Watt: The only thing I can say on that is my French is not up to par, even though I have some difficulties with English, too. Perhaps the amendment could be looked at during the time you are doing clause-by-clause consideration. That would be my recommendation.

Senator Joyal: That is why I raised it immediately. I think it is very important.

The Chair: We can have an amendment during clause-by-clause consideration of the bill.

Senator Joyal: My first question is in relation to the comments that were made by the Minister of Justice to the report of the committee in a letter dated July 24, 2008. I think you have a copy of that letter, Senator Watt?

Senator Watt: I might have it, but I do not have it with me at the moment.

Senator Joyal: Maybe I can provide you with a copy. I am sure you have read it.

Senator Watt: Maybe you can summarize it so I do not take up too much time.

D’après moi, le texte français devrait dire ceci :

[*Français*]

Nul texte ne porte atteinte [...]

[*Traduction*]

À mon avis, le mot « pas » qui suit le mot « porte » est superflu.

[*Français*]

Nul texte ne porte pas atteinte aux droits ancestraux issus de traités.

[*Traduction*]

Si vous dites « Nul texte ne porte pas atteinte » aux droits, cela veut dire qu’il y porte atteinte. Avant de mettre le texte aux voix, je souhaiterais, monsieur le président, vérifier la traduction. Elle me semble fautive. Peut-être ai-je tort, mais à première vue, elle me semble fautive.

Le président : Est-ce le seul écart que vous relevez dans le texte français?

Le sénateur Joyal : Si nous souhaitons être fidèles à la version anglaise — et je pense que la version anglaise correspond bien à ce que veut le sénateur Watt et à ce qui est entendu dans le rapport du comité de 2007 — il nous faudrait revoir cela, et contacter les recherchistes de la bibliothèque avant notre prochaine séance. J’ai voulu soulever la question sans tarder pour que nous ayons le temps d’y réfléchir. Je ne m’attends pas à ce que le sénateur Watt se prononce sur ce point étant donné que ce n’est pas sa langue maternelle.

Le sénateur Watt : Je peux simplement dire que mon français n’est pas tout à fait à la hauteur, et qu’il m’arrive même d’éprouver quelques difficultés en anglais. Peut-être conviendrait-il d’examiner l’amendement lors de l’examen article par article. C’est ce que je recommande.

Le sénateur Joyal : C’est pour cela que j’ai soulevé la question sans attendre. Cela me paraît important.

Le président : Nous pourrions proposer un amendement lors de l’étude article par article du projet de loi.

Le sénateur Joyal : Ma première question concerne les commentaires que, dans une lettre en date du 24 juillet 2008, le ministre de la Justice a transmis au sujet du rapport du comité. Je crois, monsieur le sénateur, que vous avez une copie de cette lettre.

Le sénateur Watt : Il est possible que j’en aie une copie, mais je ne l’ai pas apportée.

Le sénateur Joyal : Peut-être pourrais-je vous en remettre une copie. Je suis certain que vous en avez eu connaissance.

Le sénateur Watt : Vous pourriez peut-être m’en faire un résumé afin que je ne prenne pas trop de temps.

Senator Joyal: When the chair tabled the report in the Senate on December 13, the committee wanted, according to our rules, to get a formal, written reaction from the minister to the report of the committee. The minister reacted in due time and in an extensive letter — almost two and a half pages — to the various recommendations in the report. The reason I raise it is because he commented on the need to bring clarity to the non-derogation clause.

I will quote his bottom paragraph of page 1:

We find the Committee's proposals for a legislative solution for this problem — i.e., the insertion of a new universal clause in the federal *Interpretation Act* (recommendation 1) and the repeal of existing non-derogation clause in individual statutes (recommendation 2) — worthy of serious consideration. These proposals make a positive contribution in advancing the search for a solution to the difficult issues relating to non-derogation clauses. We do, however, have questions about the practical difficulties involved in repealing existing clauses.

In his first answer he seems to recognize the appropriateness of solving the issue with a universal clause, the way you propose in your bill, and then of course the difficulties of repealing existing clauses in some bills that have been adopted since 1982, as was alluded to by Senator McIntyre.

It seems later on in the letter that he links both recommendations to one another — in other words, the adoption of universal declaration — the way you do to a simultaneous act of repeal in the statutes that have already been adopted.

It does not explain why. It continues:

As a result, the Government of Canada will need to carefully consider the legal and practical implications of proceeding with recommendations 1-2.

He does not pronounce clearly that the two operations should be done simultaneously. He recognizes that there is difficulty in the second one.

I would like to hear your views on the fact that you have separated the two steps: The first step would be adopting a universal declaration, as was mentioned in the universal clause you have enshrined in your bill. The second step would be to review the other statutes in which there are non-derogation clauses that might be of a different language, which is at the source of the whole problem anyway. Why, in your opinion, is it sound to proceed the way you think it should be done in your bill?

Senator Watt: I think it would be very difficult to try to make modifications to what has already been dealt with. I do not think that would be that easy. Without knowledge of whether the

Le sénateur Joyal : Lorsque le 13 décembre, le président a déposé le rapport au Sénat, le comité souhaitait, conformément à notre règlement, obtenir du ministre, par écrit, une réaction officielle au rapport du comité. Dans une lettre qui faisait presque deux pages et demie, le ministre a réagi en bon temps aux recommandations contenues dans le rapport. Si j'évoque la question aujourd'hui, c'est qu'il avait parlé du besoin d'éclaircir la question de la clause de non-dérogation.

Je cite ici le dernier paragraphe de la première page de la lettre en question :

Les propositions du comité concernant une solution législative à ce problème — c'est-à-dire l'inscription, dans la Loi d'interprétation fédérale, d'une nouvelle clause de portée générale (recommandation n° 1), et l'abrogation des clauses de non-dérogation actuellement inscrites dans diverses lois (recommandation n° 2) — méritent examen. Ces propositions contribuent à la recherche d'une solution aux difficultés posées par les clauses de non-dérogation. Cela dit, nous nous interrogeons quant aux difficultés pratiques que soulèverait l'abrogation des dispositions actuelles.

Dans sa première réponse, il semble admettre que la question pourrait se régler par une clause de portée générale, comme vous le proposez dans votre projet de loi, et puis il évoque les difficultés que soulèverait, comme le disait le sénateur McIntyre, l'abrogation des clauses figurant dans certains textes de loi adoptés depuis 1982.

Il me semble, un peu plus loin dans sa lettre, lier les deux recommandations — autrement dit, l'adoption d'une disposition de portée générale — comme cela se fait lorsqu'on souhaite abroger simultanément un certain nombre de dispositions figurant dans des lois en vigueur.

Mais il n'explique pas pourquoi. Puis, dans sa lettre, il poursuit en ces termes :

Le gouvernement du Canada devra, par conséquent, étudier attentivement les incidences que pourrait avoir, tant sur le plan juridique que sur le plan pratique, l'adoption des recommandations 1 et 2.

Il ne précise pas si ces deux opérations devraient être menées en même temps. Il reconnaît les difficultés qu'entraînerait l'adoption de la deuxième recommandation.

Pourriez-vous nous dire pourquoi vous avez vous-même disjoint les deux choses : la première étape serait l'adoption d'une déclaration de portée générale, comme le prévoit la clause de portée universelle inscrite dans votre projet de loi. La deuxième étape consisterait en un examen des lois comportant des clauses de non-dérogation formulées différemment, car ce sont elles qui sont à l'origine du problème. Pourquoi pensez-vous qu'il serait préférable de procéder ainsi?

Le sénateur Watt : Il serait d'après moi très difficile de modifier les dispositions actuellement en vigueur. Cela ne serait pas facile. Sans savoir quelle serait la procédure employée, je ne suis pas

procedure is there — the process — I cannot really give you a clear answer to that because I do not know what process exists to deal with past legislation that has already been dealt with.

On top of that, speaking from the Aboriginal perspective, some of the non-derogation provisions that have been highlighted in legislation that has already been passed, like the water bill as an example for Nunavut, were tailor-made for that particular subject matter. Who am I to say that this should be changed because it provides a different set of interpretations? I do not feel comfortable with that, until someone comes up to me and says there is a definite process to deal with it.

I am basically saying that if they do review the old legislation, when that happens I do not know what the procedure is, and how often that takes place. Then there might be time to see whether they need to be amended, because I know for a fact there have been different sets of interpretations to non-derogation provisions that have already been passed.

This is what leads me to try to come up with some sort of a standard. I have been here for nearly 30 years. We spent a lot of our time talking about Aboriginal issues and non-derogation issues. It was nothing but arguments back and forth. It is wasting time and a lot of money at the same time. Hopefully this will help to pave the way so that we do not end up having a hang up all the time when we are dealing with Aboriginal issues.

Senator Joyal: Your approach would not prevent any future legislation from adopting a non-derogation clause that would answer a particular situation the way you have already mentioned?

Senator Watt: I am not suggesting that we should stop that. That is another avenue I could have taken. I want every piece of legislation to have a non-derogation clause, not only a non-derogation clause but also, if there is an infringement, the requirement for negotiations — give and take. I do not think we are at that process at this time. We are not negotiating.

Senator Joyal: If I may go on with the letter, of which you have a copy, in the middle of the upper paragraph of page 2 the minister continues:

We will also want to canvass the views of Aboriginal groups with respect to these proposals, and the Report as a whole, before considering any endorsement or implementation of recommendations 1-2.

Senator Watt: What does that mean?

Senator Joyal: I want to discuss with you the meaning of that because the minister says, “We will also want to canvass the views of Aboriginal groups with respect to these proposals.” Is the proposal that you are putting forward in this bill for our

vraiment en mesure de vous donner, sur ce point, une réponse précise, car je ne sais pas quelle est la procédure permettant de modifier les textes en vigueur.

J’ajoute que, dans l’optique des peuples autochtones, certaines des dispositions de non-dérogation inscrites dans des textes tels que celui qui concerne l’eau au Nunavut, ont un libellé spécialement adapté au sujet en cause. Qui suis-je pour dire qu’il faudrait y apporter des changements uniquement parce qu’elles se prêtent à une interprétation différente?

Je ne me sentirais pas à l’aise de proposer cela tant qu’on ne pourra pas m’affirmer qu’une procédure a été prévue à cet effet. Ce que je veux dire c’est que si l’on entend réexaminer les dispositions adoptées par le passé, je ne sais pas en vertu de quelle procédure cela se fera et dans combien de cas cela sera nécessaire. Nous aurons peut-être alors le temps de voir ce qui doit au juste être modifié, car je sais que les dispositions de non-dérogation déjà adoptées ont donné lieu à des interprétations différentes.

C’est pour cela que j’ai essayé de définir une norme. Je suis ici depuis presque 30 ans. Nous avons beaucoup débattu des questions autochtones et des clauses de non-dérogation. Cela a fait l’objet de discussions sans fin qui ont coûté cher et qui nous ont fait perdre beaucoup de temps. J’espère que ce projet de loi nous permettra de ne pas nous retrouver dans l’impasse à chaque fois que l’on débat de questions intéressant les Autochtones.

Le sénateur Joyal : L’approche que vous nous proposez n’empêchera pas, à l’avenir, d’inscrire dans d’autres projets de loi des clauses de non-dérogation adaptées, comme vous venez de nous le dire, à une situation précise.

Le sénateur Watt : Je ne propose aucunement que nous cessions de le faire. C’est une solution que j’aurais pu retenir. Je voudrais que tout texte de loi comporte une disposition de non-dérogation, et j’entends par cela non seulement une clause de non-dérogation, mais également l’obligation de procéder à des négociations en cas d’atteinte à certains droits. Or, je ne pense pas qu’il en soit actuellement ainsi, car, pour l’instant, cela ne donne pas lieu à des négociations.

Le sénateur Joyal : Permettez-moi de revenir à cette lettre dont vous avez une copie. Au milieu du premier paragraphe de la page 2, le ministre poursuit en ces termes :

Nous entendons également, avant d’adopter les recommandations n° 1 et n° 2, ou d’envisager leur mise en œuvre, solliciter l’avis des groupes autochtones au sujet de ces propositions, et du rapport pris dans son ensemble.

Le sénateur Watt : Qu’entend-on par cela?

Le sénateur Joyal : Je voudrais justement qu’on en parle, car le ministre a écrit : « Nous entendons également, avant d’adopter les recommandations no 1 et no 2, ou d’envisager leur mise en œuvre, solliciter l’avis des groupes autochtones au sujet de ces

consideration today, in your opinion, the one that would have a consensual basis among Aboriginal groups? I know you know about the Inuit, but other Indian groups are covered by this.

Senator Watt: Yes, I would say so. I consulted pretty widely with not only the heads of the organizations but also well-known Aboriginal judges and lawyers. I feel very comfortable with the approach that I am taking, given that they are the ones, in a sense, putting the pressure on me to get it done — people like Chief Wilton Littlechild, the Honourable Justice Murray Sinclair and a few others. I consulted with a large number of people on a one-to-one basis, not through the organizations. Over the years, I have learned to appreciate their input into the work that I have been doing for more than 40 years on Aboriginal and constitutional issues. Those are the people that I fully rely on to give me good advice; and I believe they have done that.

Senator Joyal: Let me put the question in the negative, as it is done in French. Have you encountered any opposition to this initiative?

Senator Watt: In terms of having direct dialogue with individual key people, no. One group recently indicated that they were not too happy with my bill because, apparently, I did not consult with them.

An Hon. Senator: Was it the Blood Tribe?

Senator Watt: No, it was not the Blood Tribe. It was the Idle No More movement. The argument is not detailed enough, so I have been trying to go after the leader. I have written a letter to her and tried to correspond by email, but it simply boils down to “you have not done a proper consultation.” I do not know what more I can do.

Senator Fraser: I have a supplementary question to Senator McIntyre’s question, although first I would observe that when this bill came before the Senate, the Idle No More movement did not exist. I do not know how you could have consulted them when they were not there.

Coming back to the fundamental question of the wording of non-derogation clauses, one of the most interesting things about our study was the stark fact that over the years the wording of non-derogation clauses inserted by governments of both stripes was consistently weakened, just a little bit every time. It was the subject of some concern to us, and that concern was intensified by some of the testimony we heard from officials, who basically indicated that they did not want non-derogation clauses to mean anything. Rather, they wanted them to be weak and watered down, which we found troubling.

propositions, et du rapport pris dans son ensemble ». D’après vous, ce que vous nous proposez dans le cadre de ce projet de loi peut-il servir de base à un accord consensuel parmi les groupes autochtones? Vous savez ce que peuvent en penser les Inuits, mais d’autres groupes autochtones sont également concernés.

Le sénateur Watt : Je dirais que oui. J’ai mené des consultations assez étendues, non seulement avec les dirigeants de diverses organisations, mais également avec des juges et avocats autochtones estimés. J’ai confiance en l’approche que j’ai retenue, car ce sont eux qui, dans une certaine mesure, me pressent d’agir — j’entends par cela des gens tels que le chef Wilton Littlechild, le juge Murray Sinclair et quelques autres. J’ai en outre procédé, en dehors des organisations, à un grand nombre de consultations individuelles. J’ai appris, au cours des ans, à apprécier leur apport à ce travail auquel je m’attache depuis plus de 40 ans sur les problèmes constitutionnels et les questions intéressant les Autochtones. Je compte pleinement sur eux pour me donner des conseils judicieux, et j’estime que c’est ce qu’ils ont fait.

Le sénateur Joyal : Permettez-moi, comme cela se fait en français, de formuler la question sous sa forme négative. Avez-vous, dans le cadre de ce projet dont vous avez pris l’initiative, rencontré de l’opposition?

Le sénateur Watt : Non, pas au niveau du dialogue avec certains personnages clés. Un groupe m’a, cependant, récemment fait savoir que ses membres étaient assez mécontents de mon projet de loi car, semble-t-il, je ne les avais pas consultés.

Une voix : Était-ce la tribu des Blood?

Le sénateur Watt : Non, ce n’était pas la tribu des Blood. C’était le mouvement Idle No More. L’argument qu’ils ont avancé n’est pas très précis et j’ai donc cherché à contacter sa dirigeante. Je lui ai écrit une lettre et essayé de correspondre avec elle par courriel, mais on me reproche simplement de ne pas avoir « procédé à des consultations en bonne et due forme ». Je ne vois pas ce que je pourrais faire de plus.

La sénatrice Fraser : J’aurais, par rapport à la question qu’a posée le sénateur McIntyre, une question supplémentaire, mais je voudrais d’abord rappeler que le mouvement Idle No More n’existait pas encore lorsque ce projet de loi a été déposé au Sénat. Je ne vois guère comment vous auriez pu les consulter étant donné qu’ils n’existait pas encore.

Revenons-en maintenant à la question essentielle qui est celle du libellé des clauses de non-dérogation. Un des points des plus intéressants de notre étude est le simple fait que la manière dont sont formulées les clauses de non-dérogation introduites au fil des ans par les gouvernements des deux camps s’atténue petit à petit. Nous nous en sommes inquiétés, et notre inquiétude a été renforcée par le témoignage de certains fonctionnaires qui nous ont fait savoir qu’en fait, ils ne souhaitaient pas vraiment que les clauses de non-dérogation aient une signification. Ils souhaitaient, au contraire, les voir édulcorer, et cela nous a troublés.

Senator McIntyre is right: The wording in your bill is not exactly the same as the wording the committee recommended. The committee recommended that “Every enactment shall be construed so as to uphold existing Aboriginal and treaty rights recognized and affirmed under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and not to abrogate or derogate from them.” That was the committee wording. Where the committee said “every enactment shall be construed . . .,” your bill says “no enactment shall be construed so as to abrogate or derogate . . .” When I first read your bill, I thought you were taking a shorter, slightly cleaner route to what seemed to me to be the identical purpose.

Senator Watt: It is the one already in the recommendations.

Senator Fraser: Am I wrong? Did you change the wording for any other reason?

Senator Watt: No, there were no other reasons. It was recommended by the national lawyers directly involved in this that I do it in that fashion.

Senator Fraser: Thank you. Did I understand you to say that you have brought a version of a potential amendment to the French text to get rid of the double negative?

Senator Watt: That is all I have, basically.

Senator Fraser: You could leave it with the clerk, perhaps.

Senator Watt: It is to have the French version amended to make it the same as the English version. That is all I have.

Senator Fraser: Thank you.

The Chair: That wraps it up. Thank you very much, Senator Watt, for your appearance today.

Senator Watt: Thank you, honourable senators. It has been my pleasure. Maybe I will get back into the seat again one day.

The Chair: I am pleased to introduce Bruce Becker, Senior General Counsel, Aboriginal Law Centre, Justice Canada; and Paul Salembier, General Counsel, from Aboriginal Affairs and Northern Development Canada. Mr. Becker, please proceed with your opening statement.

Bruce Becker, Acting Senior General Counsel, Aboriginal Law Centre, Justice Canada: Thank you for having us. I have an opening statement, and my colleague will assist with respect to technical questions pertaining to legislative drafting or to AANDC’s legislation.

[*Translation*]

I appreciate the opportunity to appear before this committee with respect to Bill S-207, an Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal and treaty rights) which proposes the inclusion of a non-derogation clause in the Interpretation Act.

Le sénateur McIntyre a raison : l’autre projet de loi est formulé en des termes qui ne correspondent pas exactement au libellé recommandé par le comité. Selon la recommandation du comité « tout texte doit maintenir les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et affirmés aux termes de l’article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et ne pas y porter atteinte ». C’était la formule retenue par le comité. Or, là où le comité dit « tout texte doit maintenir [...] », votre projet de loi dit « aucun texte ne peut avoir pour effet de porter atteinte [...] ». Au départ, j’ai pensé que vous aviez adopté une formule plus brève et légèrement simplifiée pour parvenir à un but qui me paraissait identique.

Le sénateur Watt : C’est la formule contenue dans les recommandations.

La sénatrice Fraser : Ai-je tort? Avez-vous eu une autre raison d’en modifier le libellé?

Le sénateur Watt : Non, il n’y avait pas d’autre raison. Je me suis rangé en cela à l’avis des avocats nationaux qui ont participé directement à nos travaux.

La sénatrice Fraser : Je vous remercie. Ai-je bien compris que vous avez avec vous le texte d’un amendement qui permettrait de supprimer de la version française la double négation?

Le sénateur Watt : Je n’ai en fait que cela.

La sénatrice Fraser : Peut-être pourriez-vous en donner une copie à notre greffière.

Le sénateur Watt : Il s’agit de modifier la version française pour lui faire dire la même chose que la version anglaise. C’est tout ce que j’ai.

La sénatrice Fraser : Je vous remercie.

Le président : Voilà qui met fin à ce témoignage. Je tiens à vous remercier, monsieur le sénateur, de votre intervention.

Le sénateur Watt : Honorables sénateurs, je vous remercie. Cela a été pour moi un plaisir. Il est possible que je revienne un jour au comité.

Le président : J’ai le plaisir de présenter Bruce Becker, avocat général principal par intérim, Centre de droit autochtone, Justice Canada; et Paul Salembier, avocat général, Affaires autochtones et Développement du nord Canada. Monsieur Becker, si vous voulez bien nous présenter votre exposé.

Bruce Becker, avocat général principal par intérim, Centre de droit autochtone, Justice Canada : Nous vous remercions de votre invitation. Je vais commencer par un exposé, et mon collègue interviendra sur des questions techniques concernant la rédaction législative ou la législation d’AANDC.

[*Français*]

Je suis heureux de comparaître devant le comité au sujet du projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d’interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités) qui vise à ajouter une disposition de non-dérogation à la Loi d’interprétation.

[English]

Bill S-207 is a Senate public bill so I do not have the background on the drafting of the bill as might be expected generally for a government bill. I hope my appearance today will assist the committee with respect to the issue of non-derogation clauses generally, on which subject much has been said by officials of the Department of Justice in appearances before this committee from 2003 onwards. While I do not intend to repeat all of what my colleagues have said previously, I would like to highlight some of the fundamental legal and constitutional principles related to the use of non-derogation clauses as well as some issues that may assist you in considering Bill S-207.

As you are aware, section 35 of the Constitution Act, 1982 recognizes and affirms the existing rights of the Aboriginal peoples of Canada. As the Supreme Court found in its 1990 decision in *Sparrow*, section 35 provides very strong but not absolute protection for Aboriginal and treaty rights. Laws limiting section 35 rights will apply only if the limitation can be justified pursuant to a strict test as described in *Sparrow* and subsequent cases.

At a general level, the justification test has two steps. First, there must be an important legislative objective; and second, the manner in which the government attains its objective must uphold the honour of the Crown and be consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples. This could involve considering, for example, whether the limitation is minimally impairing. Each infringement will require a justification that reflects the specific circumstances of each case.

It is important to emphasize the strength of this protection for Aboriginal and treaty rights. Laws that are inconsistent with section 35 will be inapplicable. In addition, the protection of these important rights is based on the Constitution and cannot be diminished by ordinary legislation. This justification test is also consistent with the concept of reconciliation, which the Supreme Court of Canada has identified as the underlying purpose of section 35. Reconciliation requires the balancing of preexisting rights of Aboriginal peoples with the rights and interests of other Canadians. This is an important part of our constitutional framework. To the extent that non-derogation clauses could 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.

The Department of Justice has noted previously to this committee the general legal presumption that every provision in a statute is intended to mean something. With respect to non-derogation clauses in legislation, the question is this: What, if any, more specific protection is intended to be provided by such clauses beyond that already provided by section 35? Through the

[Traduction]

Le projet de loi S-207 est un projet de loi d'intérêt public émanant du Sénat et je ne n'ai par conséquent pas, en ce qui concerne sa rédaction, les détails que j'aurais s'il s'agissait d'un projet de loi d'initiative gouvernementale. J'espère que ma comparution sera utile au comité lors de son examen de la question générale des dispositions de non-dérogation, sujet qui, à partir de 2003, a été maintes fois évoqué devant vous par des fonctionnaires du ministère de la Justice. Je n'entends pas répéter ce qui a déjà été dit par mes collègues, mais je souhaite insister sur certains des principes juridiques et constitutionnels fondamentaux applicables aux clauses de non-dérogation, et aborder certaines questions qui pourraient contribuer à votre examen du projet de loi S-207.

Vous n'ignorez pas que l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 confirme et reconnaît les droits existants des peuples autochtones du Canada. Ainsi qu'en a décidé la Cour suprême en 1990 dans l'arrêt *Sparrow*, l'article 35 accorde aux droits ancestraux et issus de traités une garantie très forte, la cour précisant toutefois que les droits en question ne sont pas absolus. Ainsi, une loi ne peut porter atteinte aux droits garantis par l'article 35 que si l'atteinte se justifie au regard du critère très strict dégagé par l'arrêt *Sparrow* et la jurisprudence ultérieure.

Disons, de manière générale, que le critère de justification comporte deux volets. Il exige, en premier lieu, un objectif législatif important puis, il faut, en deuxième lieu, que le moyen retenu par le gouvernement pour atteindre cet objectif préserve l'honneur de la Couronne et s'accorde avec la relation fiduciaire spéciale qui lie la Couronne aux peuples autochtones. Il s'agit, par exemple, de se demander si l'atteinte en question est minimale. Toute atteinte doit se justifier par rapport aux circonstances précises de l'affaire.

Il convient de souligner la solidité de la garantie ainsi accordée aux droits ancestraux et issus de traités. Toute loi incompatible avec l'article 35 est inopérante. Ajoutons que la protection accordée à ces droits importants est ancrée dans la Constitution et ne peut par conséquent pas être diminuée par une loi ordinaire. Ce critère de justification s'accorde par ailleurs avec l'idée de réconciliation qui, selon la Cour suprême du Canada, est l'objectif qui sous-tend l'article 35. Or, la réconciliation exige de parvenir à un équilibre entre les droits ancestraux préexistants et les droits et intérêts d'autres Canadiens. Cela constitue un élément important de notre régime constitutionnel. Dans la mesure où les clauses de non-dérogation sont susceptibles de nuire au nécessaire équilibre entre des droits et intérêts opposés, il y a lieu de réfléchir attentivement aux incidences que peut avoir l'inclusion de telles dispositions dans nos lois.

Le ministère de la Justice a eu l'occasion de rappeler devant le comité la présomption juridique générale qui veut que toute disposition législative ait un sens. S'agissant des dispositions de non-dérogation inscrites dans une loi, il convient de se demander quelles sont les garanties complémentaires que de telles dispositions sont censées fournir au-delà de la protection

years, as this committee noted in its report on the issue in 2007, non-derogation clauses have appeared in several different forms and have been included specifically in 19 federal statutes.

[*Translation*]

It is important to point out that an amendment to the Interpretation Act of this nature would apply not only to future legislation, but also to all existing federal legislation.

[*English*]

Take the Fisheries Act, for example. 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, 1982. The Department of Fisheries and Oceans 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 infringements of Aboriginal or treaty rights are necessary for conservation purposes, the Department of Fisheries and Oceans currently can argue that the infringement is justified. Would it be argued that a general non-derogation clause would limit Fisheries and Oceans' capacity to ensure conservation? It is also important to note that the implications of a standardized non-derogation clause are not confined to legislation of general application.

Legislation relating specifically to Aboriginal peoples, such as statutes dealing with the management of reserve lands, 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. These complexities are best worked out in the substantive provisions of the legislation as necessary.

As previously stated, there are 19 non-derogation clauses using a variety of different and tailored wording. Bill S-207 would supplement these existing clauses with another non-derogation clause, thereby further increasing the uncertainty about what the desired interplay is between section 35 protected rights and the legislation in those 19 instances.

Aboriginal and treaty rights are provided strong protection by section 35 of the Constitution Act, 1982. The Supreme Court of Canada has developed a test in *Sparrow* for legislation that infringes section 35 rights, which places a high threshold on governments looking to justify the infringement of rights. The questions are these: What, if anything, would the proposed non-

qu'accorde l'article 35? Comme le comité l'a relevé dans son rapport de 2007, des clauses de non-dérogation se trouvent, avec divers libellés, dans 19 lois fédérales.

[*Français*]

Il importe de souligner qu'une modification de cette nature à la Loi d'interprétation s'appliquerait non seulement aux textes législatifs futurs, mais également à tous les textes législatifs fédéraux actuels.

[*Traduction*]

Prenons, par exemple, la Loi sur les pêches, qui instaure, en matière de pêche, un régime global de gestion et de sauvegarde. Ont accès aux pêches, tant les peuples autochtones que les autres. De nombreux groupes autochtones possèdent ou revendiquent en matière de pêche des droits ancestraux et issus de traités protégés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Le ministère des Pêches et des Océans s'efforce d'assurer la gestion des pêcheries dans le respect de la protection constitutionnelle assurée aux droits ancestraux et issus de traités, en parvenant à un équilibre entre les droits, les revendications et les intérêts de tous les groupes d'utilisateurs.

Dans le cas, par exemple, où la sauvegarde des pêches exige que l'on porte atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités, le ministère des Pêches et des Océans peut faire valoir que l'atteinte en question est justifiée. Peut-on dire qu'en ajoutant une disposition générale de non-dérogation on nuirait aux capacités de Pêches et Océans en matière de sauvegarde? Il convient également de dire qu'une clause générale de non-dérogation aurait des incidences au-delà des lois d'application générale.

La législation particulièrement applicable aux peuples autochtones, telle que les lois concernant la gestion des terres de réserve, d'autres biens ou l'autonomie gouvernementale, soulève parfois des difficultés. Ce type de disposition législative peut avoir une incidence sur les droits ancestraux ou issus de traités, et les liens entre les dispositions législatives et les droits en question sont souvent complexes. Or, le meilleur moyen de régler ces complexités est d'inscrire dans le texte en question, selon les besoins, des dispositions précises.

Nous avons dit que l'on trouve actuellement 19 clauses de non-dérogation dont le libellé varie, certaines ayant un libellé adapté à une situation précise. Or, le projet de loi S-207 souhaite compléter les dispositions actuelles par une nouvelle clause de non-dérogation qui aurait pour effet d'accroître l'incertitude concernant l'interaction souhaitable entre les droits garantis par l'article 35 et les 19 textes en question.

L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 assure aux droits ancestraux et issus de traités une solide protection. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a dégagé un critère applicable aux dispositions législatives qui portent atteinte à un des droits garantis à l'article 35, et impose aux gouvernements qui entendent justifier une atteinte à ces droits des exigences très

derogation clause add to what section 35 already provides? Is any additional protection intended across the range of statutes to which it might apply?

I would be happy to address any technical questions you may have.

The Chair: I have one question that you may not want to respond to because it is not a technical question. Earlier, Senator Fraser referenced her interpretation, and perhaps it was also the interpretation of the committee that reviewed this issue a number of years ago. There was concern with the range of non-derogation clauses in the legislation and that there was increasing use of these clauses to provide greater flexibility. Do you have any response to that issue?

Mr. Becker: That was quite well addressed by some of the witnesses that appeared on that study. The evolution in those clauses was designed essentially to try to deal with the question of whether additional protections were intended or whether the non-derogation clauses at issue were intended to be merely reflective of existing protections provided by section 35. That debate is reflected in the committee's report.

Senator Fraser: Thank you very much.

I do not know if this comes under the heading of technical question, but it certainly seems to me to be pertinent to part of this issue. One of the things committee was struck by in its initial study was the fact that because Aboriginal rights in the Charter are not defined — existing Aboriginal treaty rights, which is potentially a fairly important field — whereas other rights, such as equality of the sexes and the right to vote, are set out in some detail. However, because Aboriginal rights were not defined, there could be very great human and financial burdens on Aboriginal people who wanted to prove that a given piece of legislation did in fact infringe on their rights, did derogate from their rights.

Do you know how much such a legal proceeding in the case of a single bill might cost, going from first hearing up to the Supreme Court? Would we be into the many hundreds of thousands of dollars?

Mr. Becker: There would be a vast range that it might entail, depending on the complexity of the case, how high it went.

Senator Fraser: Meanwhile, I hope you will agree with me when I suggest that there is at least an argument to be made that because those rights are not defined in the Charter in a way that many other rights are, that it is useful to have a general — or maybe specific — non-derogation clause in legislation that might have an impact on Aboriginal rights.

strictes. Il convient donc de se demander ce que la disposition de non-dérogation qui retient aujourd'hui notre attention ajouterait par rapport à ce que prévoit déjà l'article 35. Entend-on renforcer la protection ainsi offerte par l'ensemble des lois auxquelles cette nouvelle clause s'appliquerait?

C'est très volontiers que je répondrai aux questions à caractère technique que vous souhaiteriez poser.

Le président : J'aurais une question à laquelle vous ne souhaiterez peut-être pas répondre, car elle n'est pas d'ordre technique. La sénatrice Fraser a plus tôt précisé son interprétation, qui correspond peut-être à l'interprétation retenue par le comité il y a plusieurs années lors de son examen de la question. On s'était interrogé sur les diverses clauses de non-dérogation inscrites dans des textes de loi, et nous nous inquiétions du recours de plus en plus fréquent à ce type de disposition afin d'autoriser une plus grande latitude. Que pouvez-vous nous dire à cet égard?

M. Becker : La question a été assez bien exposée par certains des témoins qui ont comparu à l'époque de l'étude. L'évolution des dispositions en question devait essentiellement permettre de régler la question de savoir s'il s'agissait de renforcer les garanties, ou si les clauses de non-dérogation en question étaient uniquement censées refléter les garanties actuellement accordées par l'article 35. Il est rendu compte de ce débat dans le rapport du comité.

La sénatrice Fraser : Je vous remercie.

Je ne sais pas si cela constitue une question technique, mais il est clair que cela a rapport au sujet en cause. Parmi les choses qui ont frappé le comité, lors de son étude initiale, est le fait que les droits ancestraux ne sont pas définis dans la Charte — les droits existants, ancestraux ou issus de traités, un domaine important, alors que d'autres droits, tels que le droit à l'égalité des sexes et le droit de vote sont exposés de manière assez détaillée. Or, le fait que les droits ancestraux ne sont pas définis peut imposer, sur les plans humain et financier, un lourd fardeau aux peuples autochtones qui entendent faire valoir qu'un texte de loi donné porte atteinte à leurs droits.

Savez-vous combien coûte la contestation en justice d'un seul projet de loi, si l'on va jusqu'en Cour suprême? Des centaines et des centaines de milliers de dollars?

M. Becker : La somme peut beaucoup varier, selon la complexité de l'affaire et le recours exercé.

La sénatrice Fraser : En attendant, j'espère que vous conviendrez avec moi que l'on pourrait à tout le moins soutenir que puisque, contrairement à de nombreux autres droits, ces droits ne sont pas définis dans la Charte, il serait utile d'inscrire dans tout texte de loi susceptible d'avoir une incidence sur les droits ancestraux une clause de non-dérogation générale, voire spécifique.

Mr. Becker: My response to that would be whether it is intended that it provide some additional protection from unintended impacts on those rights, though how one characterizes that might be questionable. Part of the issue is getting down to whether the intention of this bill is to just once again reflect the protections that are already there and available and in section 35, and where the court has developed what amounts to a fairly nuanced way of dealing with the interaction.

Remember, this deals not just with bills and laws going forward, but all those already on the books. That test is nicely tailored to the specifics that might be engaged in any particular case. That is one great benefit to the test that the court has developed in dealing with section 35; it is actually nuanced. The facts of the case, what the government did — including whether it consulted — are all on the table in terms of whether the law will be applicable if there is an infringement of the rights.

Senator Fraser: All those careful tests and guidelines would still be there. This bill would not diminish those.

Mr. Becker: It would still be there. The question is if it adds more and whether you ever get to those tests.

Senator Fraser: If you sit on this committee for any length of time, you rapidly become aware that there are many unintended consequences to legislation that Parliament has adopted or is thinking of adopting.

Paul Saiebi, General Counsel, Aboriginal Affairs and Northern Development Canada, Justice Canada: Could I add to my colleague's response? The question was whether this bill assists because Aboriginal and treaty rights are largely undefined, at least in the Constitution Act.

However, before this bill can apply there needs to be a finding that there is an Aboriginal treaty right before, in the same way that you need to find an Aboriginal or treaty right exists before section 35 is applied. This bill would not assist in defining what these rights are because you need to have a finding that the rights exist as a starting point before you even apply the interpretation provision.

Senator Joyal: Establish them before deciding if they are affected or not.

[Translation]

Senator Boisvenu: First of all, gentlemen, I would like to thank you for appearing before the committee.

I worked in the Quebec Department of Natural Resources and Wildlife for 15 years. The department worked very closely with Aboriginal people and, when the government passed the Fisheries Act, it had to consider section 35 of the Charter in terms of prioritizing wildlife use.

M. Becker : Je vous répondrai que cela dépendra de la question de savoir s'il s'agit d'accorder une protection supplémentaire contre les atteintes qui pourraient être involontairement portées à ces droits, mais là encore, comment définir cela? Il s'agit en partie de décider si, encore une fois, ce projet de loi entend traduire les garanties existantes comme celles qu'accorde l'article 35, la cour ayant dégagé une approche assez nuancée de l'interaction entre les deux.

N'oublions pas qu'il s'agit non seulement des projets de loi et des lois à venir, mais également des textes actuellement en vigueur. Ce critère est adapté aux circonstances qui peuvent se présenter dans un cas précis. En ce qui concerne l'article 35, un des grands avantages du critère dégagé par la cour est qu'il est nuancé. Les circonstances de l'affaire, les mesures prises par le gouvernement — la question de savoir s'il a procédé aux consultations prévues — tout cela est pris en compte lorsqu'il s'agit de décider si, malgré l'atteinte portée à des droits ancestraux, le texte en cause est applicable.

La sénatrice Fraser : Mais tous ces critères et principes continueraient à s'appliquer. Le projet de loi ne réduira en rien leur importance.

M. Becker : Certes, mais la question est de savoir s'il y ajoute quelque chose et si on continuera à appliquer ces mêmes critères.

La sénatrice Fraser : On s'aperçoit, au bout d'un certain temps passé au sein de ce comité, que toute disposition législative adoptée ou envisagée par le Parlement entraîne des conséquences qui n'étaient pas prévues.

Paul Saiebi, avocat général, Affaires autochtones et Développement du nord Canada, Justice Canada : Pourrais-je ajouter quelque chose à la réponse de mon collègue? La question est de savoir quelle est l'utilité de ce projet de loi étant donné que les droits ancestraux et issus de traités ne sont pas, en grande partie, définis, du moins dans la Loi constitutionnelle.

Avant que la disposition en cause puisse s'appliquer, il faudrait que soit, au préalable, constatée l'existence d'un droit ancestral ou issu de traités, tout comme il faut, avant que s'applique l'article 35, démontrer l'existence d'un droit ancestral ou issu de traités. Ce projet de loi n'aidera en rien à définir les droits en question étant donné qu'avant même d'appliquer la disposition interprétative, il faut pouvoir démontrer l'existence d'un droit.

Le sénateur Joyal : En établir l'existence avant de pouvoir dire s'il y a été porté atteinte.

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Messieurs, je tiens d'abord à vous remercier pour votre comparution devant le comité.

J'ai travaillé pendant 15 ans au ministère des Ressources naturelles et de la faune du Québec. Le ministère était en très étroite relation avec les Autochtones et lorsque le gouvernement a adopté la Loi sur les pêches, il a dû tenir compte de l'article 35 de la Charte en fonction de la priorisation de l'usage de la faune.

The first priority was Aboriginal rights, the second priority was sport fishing and the third was commercial fishing. When we were establishing quotas or reducing the allowable catch in a given body of water — take Lac Saint-Pierre, for example — we said that the sector first affected was the commercial fishery, then the sport fishery and lastly, the Aboriginal rights.

I am trying to understand how this bill is going to improve the application of section 35 of the Charter, given that the provinces have to observe it when they establish ancestral rights. Given that hunting and fishing are part of the Aboriginal peoples' basic ancestral rights, how will Bill S-207 improve that unique aspect of fundamental Aboriginal rights? Is my question clear?

[English]

Mr. Becker: As my colleague just mentioned, it is not clear; I do not think that this bill actually adds anything in terms of clarity of rights.

With respect to the fishery, there is also the issue of the duty to consult, which I think was mentioned in this committee's report of 2007, and how that links with the Crown's obligation to recognize and honour the section 35 protected rights of Aboriginal people. Certainly, that component is an important implementation issue with respect to all sorts of areas of federal legislation. I cannot say that I see a particular benefit to this bill vis-à-vis the obligations to consider and respect Aboriginal and treaty rights dealing with the management of the fishery, or any other similar jurisdiction.

Mr. Salembier: Again, I am not sure that it clarifies rights. The real problem we have with non-derogation clauses is that courts have never interpreted a non-derogation clause, so we do not even have the first indication of what these clauses really mean, what they do, what impact they have. That is a problem.

Now, I have even had one Aboriginal lawyer suggest to me that maybe they really mean what they tell the court: When they are reading a statute they should always read a statute so as not to infringe. Therefore, there should never be a finding of infringement, in which case these clauses will have a negative impact on Aboriginal people seeking to assert their rights. That is an unlikely interpretation.

The other interpretation is that these clauses do nothing. There is a principle of statutory interpretations called the presumption against tautology, which tells the courts that when you come across the provision of a statute, you always seek to give some effect to that provision because they say Parliament does not legislate in vain. They do not repeat themselves for no reason.

La première priorité, c'était le prélèvement par les Autochtones, la deuxième priorité, c'était la pêche sportive, et la troisième, la pêche commerciale. Lorsqu'on établissait les quotas et qu'on diminuait le prélèvement dans un plan d'eau, — prenons l'exemple du lac Saint-Pierre — on disait que le premier secteur affecté c'était la pêche commerciale, ensuite la pêche sportive et finalement, les Autochtones qui étaient affectés en termes de droits.

J'essaie de comprendre comment le projet de loi va améliorer l'application de l'article 35 de la Charte, alors que les provinces doivent en tenir compte lorsqu'ils établissent les droits ancestraux. Étant donné que la chasse et la pêche font partie des droits ancestraux de base des Autochtones, comment le projet de loi S-207 vient-il améliorer cette particularité sur le plan des droits fondamentaux des Autochtones? Est-ce que ma question est claire?

[Traduction]

M. Becker : Comme mon collègue vient de le dire, ce n'est pas clair et je ne pense pas que ce projet de loi contribue à éclaircir la question des droits en cause.

En ce qui concerne les pêches, je rappelle l'obligation de procéder à des consultations, que vous évoquiez dans votre rapport de 2007, et les liens entre cela et l'obligation qu'a la Couronne de reconnaître et de respecter les droits des peuples autochtones garantis par l'article 35. C'est un aspect important de la mise en œuvre des mesures prises dans un grand nombre de domaines relevant de la législation fédérale. Je dois dire que, selon moi, ce projet de loi ne présente aucun avantage par rapport aux obligations de prendre en cause et de respecter les droits ancestraux et issus de traités, qu'il s'agisse de la gestion des pêches ou de tout autre domaine de compétence.

M. Salembier : Je ne pense pas, encore une fois, que ce texte apporte davantage de clarté aux droits en question. La réelle difficulté au niveau des dispositions de non-dérogation, est que les tribunaux n'ont jamais eu l'occasion d'interpréter une clause de non-dérogation, et que, par conséquent, nous n'avons pas le moindre indice de ce que de telles dispositions veulent dire en fait, ou de quel est leur effet. Le problème se situe là.

Un avocat autochtone m'a dit que de telles dispositions veulent bien dire ce qu'ils affirment qu'elles disent, c'est-à-dire qu'une loi doit toujours être interprétée de manière à ne porter aucune atteinte à un droit ancestral ou issu de traités. Dans ces conditions-là, on ne pourrait jamais constater une atteinte et, si c'est le cas, de telles clauses porteront en fait préjudice aux peuples autochtones qui cherchent à faire valoir leurs droits. Une telle interprétation me paraît peu vraisemblable.

Selon une autre interprétation, de telles clauses ne servent en fait à rien. Il existe, en matière d'interprétation des lois, un principe appelé présomption d'absence de tautologie. À chaque fois qu'un tribunal a à interpréter une disposition législative, il doit lui donner quelque effet car le législateur n'est pas censé légiférer en vain. Le législateur ne se répète pas sans raison. Il

They do not add things to a statute if they are not there for a purpose. That invites the courts to give some meaning to these clauses.

Again, I think that militates against the idea that maybe these clauses mean nothing, that they are just here as a nice political gesture but that they are actually meaningless.

That leaves us with the last option, which is that these clauses do something; and that is what Mr. Becker referred to. He said that perhaps these clauses could be interpreted to take away the government's right to justify an infringement, as in the case you talked about in fisheries — that a government would not be able to say that these conservation measures they are putting forward have a valid, federal objective and, therefore, they should be justified; and we have consulted; and we have devised the statute in a way that minimally impairs the Aboriginal rights in question.

Yes, Aboriginal rights are not absolute any more than Charter rights are absolute, and because they are not absolute, sometimes they can be infringed on by federal statutes, like the conservation statute for fisheries. If this interpretation clause or any other non-derogation clause were to be construed to take away the government's ability to justify, then that means all the Aboriginal rights might have a much greater impact on the whole federal regulatory regime than would otherwise be the case without such a clause. That is why we have been suggesting that a clause like this is dangerous because we do not know what it does. It is like shooting in the dark — you do not know what is out there or what you will do. I take the senator's suggestion that you are unsure about the effect of many laws that are put in place. This is one where we know the courts have given no indication.

[*Translation*]

Senator Rivest: My question is along the same lines as Senator Boisvenu's. If I understand correctly, in terms of fishing, a number of rights exist at the moment; they have been always recognized and they are guaranteed by treaty or by other means.

You mentioned the legislation about resource conservation. In which way could the proposal prevent the passage of legislation on conserving the resource, the fish in this case? Because, in any event, if there is a difference of opinion, and if that affects recognized rights, there is always the possibility — and there must always be the possibility — for the government to negotiate a way of doing business with the Aboriginal people's representatives rather than simply moving forward without consultation.

n'inscrit rien dans une loi qui ne corresponde à un but. Les tribunaux sont ainsi appelés à donner à de telles dispositions un sens.

D'après moi, cela va à l'encontre de l'idée que de telles dispositions ne servent à rien, qu'elles constituent une sorte de geste politique essentiellement dénué de sens.

Nous arrivons ainsi à la dernière possibilité qui est que de telles dispositions servent en fait à quelque chose, et c'est de cela que M. Becker parlait tout à l'heure. Selon lui, ces dispositions pourraient être interprétées de manière à supprimer le droit qu'a le gouvernement de justifier une éventuelle atteinte, dans le domaine des pêches, par exemple, un gouvernement ne pouvant dorénavant plus dire que les mesures de conservation qu'il adopte correspondent à un objectif fédéral valable et qu'elles se justifient par conséquent, qu'il a été procédé aux consultations prévues et que le texte est conçu de manière à porter le moindre possible atteinte aux droits ancestraux en question.

Les droits ancestraux, comme les autres droits garantis par la Charte, ne sont, effectivement, pas absolus et c'est parce qu'ils ne sont pas absolus qu'il peut parfois leur être porté atteinte par une loi fédérale telle que la loi sur la conservation des pêches. Si cette clause d'interprétation, ou toute autre clause de non-dérogation était interprétée de manière à supprimer la possibilité qu'a le gouvernement de justifier telle ou telle mesure prise par lui, cela voudrait dire que les droits ancestraux ont, sur le régime réglementaire fédéral, une incidence plus grande qu'ils en auraient en l'absence d'une telle disposition. C'est pourquoi, selon nous, ce type de disposition est dangereux, car on ne peut pas savoir quel sera son effet. C'est comme si l'on tirait un coup de feu dans le noir — on ne sait pas qui est là, ou quelles vont être les conséquences de son geste. Le sénateur disait tout à l'heure que vous ne savez pas toujours quels vont être les effets des lois que vous adoptez. Sur la question qui nous préoccupe, nous savons que les tribunaux judiciaires ne nous ont pas jusqu'ici donné la moindre indication.

[*Français*]

Le sénateur Rivest : Ma question va dans le même sens que celle qu'a posée le sénateur Boisvenu. Si je comprends bien, quant à la question des pêches, certains droits existent, sont reconnus depuis toujours et garantis par traité ou autrement.

Vous avez parlé de la Loi sur la conservation de la ressource. En quoi la proposition pourrait empêcher l'adoption d'une législation de préservation de la ressource, du poisson? Parce que de toute façon, s'il y a un différend et que cela affecte les droits reconnus, il y a toujours la possibilité — et il devra toujours y avoir la possibilité — pour le gouvernement de négocier une façon de faire avec les représentants des Autochtones plutôt que de simplement procéder sans consultations.

In my opinion, Senator Watt's initiative seeks to establish an adult relationship between general societal goals and the basic rights of Aboriginal peoples. Aboriginal people too are aware of general societal imperatives. That is why it would be best to proceed in an adult and responsible manner. Do you understand?

[English]

Mr. Becker: The answer to your question relates back to what my colleague was just saying. The concern might be that the interpretation provision proposed in Bill S-207 could be construed at the level where there could be no infringement of the right.

If the courts were to interpret this non-derogation clause to provide a priority for Aboriginal rights or not allow even the delegated authority under the act to take measures to conserve where that might conflict with existing rights, then there would not be room for the current test in section 35 to even engage because the question would be dealt with as a matter of interpretation of whether the minister had the ability to actually infringe the rights.

Senator McIntyre: I can understand the concerns coming from Aboriginals, in a sense. Those concerns were first addressed by the Supreme Court of Canada in *Sparrow*. As you rightly pointed out, *Sparrow* says that section 35 rights are not absolute and, therefore, not immune from regulations. The Crown can infringe, but if it infringes, the infringement has to be justified. It must serve "a valid legislative objective," such as natural resource conservation, keeping in mind the special fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal people. Of course, further questions have to be addressed, such as fair compensation and consultation.

If we do not adopt Bill S-207, are we saying that we are stuck with two very important documents, namely, section 35 of the Constitution Act, 1982 and section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms? Is that it? If so, there is no need for non-derogation clauses.

Mr. Becker: Clearly, section 35 will continue to operate without this.

Senator McIntyre: There is no question that we have these two important documents: section 35 of the Constitution Act, 1982 and section 25 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. They will never go away unless this Parliament does away with it, but it never will.

Mr. Becker: The nuanced test that the Supreme Court devised in *Sparrow* and subsequently refined balances Parliament's ability to legislate with these important section 35 protected rights and

À mon avis, la démarche du sénateur Watt va dans le sens d'une relation adulte entre les objectifs généraux de la société et les droits fondamentaux des Autochtones. Les Autochtones sont aussi conscients des impératifs généraux de la société. C'est pourquoi il serait question de procéder d'une façon adulte et responsable. Comprenez-vous?

[Traduction]

M. Becker : La réponse à votre question réside dans ce que mon collègue vient de dire. On peut craindre que la disposition d'interprétation que se propose d'introduire le projet de loi S-207 puisse être interprétée d'une manière telle que l'on ne puisse en fait jamais conclure à l'existence d'une atteinte aux droits en question.

Si les tribunaux judiciaires interprétaient cette clause de non-dérogation comme accordant la priorité aux droits ancestraux et comme ne permettant même pas à un pouvoir délégué conformément à la loi de prendre des mesures de conservation qui pourraient être en contradiction avec les droits existants, il deviendrait impossible d'appliquer, au niveau de l'article 35 le critère en vigueur car la question serait réglée en décidant que le ministre n'avait pas en fait la compétence nécessaire pour porter atteinte aux droits en question.

Le sénateur McIntyre : Je comprends dans une certaine mesure l'inquiétude que cela inspire aux Autochtones. Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême du Canada a apporté une première réponse à ces inquiétudes. Vous avez raison de rappeler que l'arrêt *Sparrow* précise que les droits garantis par l'article 35 ne sont pas absolus et qu'ils n'échappent pas à toute réglementation. La Couronne peut donc y porter atteinte, mais elle doit, en pareil cas, justifier cette atteinte. Il faut que la mesure en cause corresponde à « un objectif législatif régulier », tel que la conservation de ressources naturelles, et tienne compte des rapports fiduciaires spéciaux existant entre la Couronne et les peuples autochtones. Il se pose, bien sûr, d'autres questions encore, telles que celle de la consultation et d'une juste indemnité.

Est-ce à dire que, si nous n'adoptons pas le projet de loi S-207, nous allons devoir nous en tenir à deux documents très importants, l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et l'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés? Est-ce bien cela? Cela étant, nous n'aurions aucunement besoin de dispositions de non-dérogation.

M. Becker : Il est clair que, même sans clause de non-dérogation, l'article 35 continue pleinement à s'appliquer.

Le sénateur McIntyre : Il ne fait aucun doute que nous pouvons toujours recourir à ces deux documents importants : l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 et l'article 25 de la Charte canadienne des droits et libertés. Ces deux textes s'appliqueront tant que le Parlement ne les supprimera pas, ce qu'il ne fera jamais.

M. Becker : Le critère nuancé dégagé par la Cour suprême dans l'arrêt *Sparrow*, et que la jurisprudence ultérieure est venue préciser, établit un équilibre entre la compétence législative du

will continue to operate without a non-derogation clause. Section 25 will continue to operate vis-à-vis Charter interactions with these collective rights, but those do not appear to be directly at issue in relation to this bill.

Senator Joyal: Mr. Salembier, you said that Parliament included non-derogation clauses in 19 bills and that we have been shooting in the dark; we did not know what we were doing. Do you contend that?

Mr. Salembier: Yes and no, I suppose. There is a degree of uncertainty because we do not know how the courts will interpret it; but we have a fair idea of a range of possible meanings. It is possible that in each of those cases, and I was involved in only two or three, it is basically a calculus. You ask: Even if this kind of meaning is given to this clause, will it have such an important impact that it would negate the effect of this statute? As well, a political calculus goes on, as you are well aware, in making these decisions.

In each of those cases the decision was made that the potential impact was tolerable from a policy point of view or beneficial from the political point of view, so those clauses went in in that form.

I was involved recently in Bill S-8 in respect of safe drinking water for First Nations, which has a very different non-derogation clause. An important policy objective was to protect health and safety on reserves, so that clause has a specific exclusion to say that even if the court is to give it a very dramatic effect, the court is directed to not do so if it would have the effect of undermining the protection of the safety of drinking water. In that case, a different calculus took place in deciding what kind of clause would be acceptable. In fact, the wording of that clause was negotiated between the Minister of Indian Affairs and Aboriginal groups.

Senator Joyal: The problem is still on the table, according to the letter of the minister. You were in the room when I read the letter of the minister.

I do not know, Mr. Becker, whether you were instrumental in drafting that letter, but it states verbatim:

In terms of the Committee's specific proposals for addressing the issue of non-derogation clauses, the Government of Canada —

Parlement et les droits importants que garantit l'article 35. Ce critère continuera à s'appliquer en l'absence d'une clause de non-dérogation. L'article 25 continuera à régir les interactions entre les droits collectifs en question et les autres dispositions de la Charte, mais en l'occurrence, ces droits ne semblent aucunement être en cause.

Le sénateur Joyal : Monsieur Salembier, vous avez dit tout à l'heure que le Parlement a inscrit une disposition de non-dérogation dans 19 projets de loi, que nous avons tiré des coups de feu dans le noir et que nous ne savions pas ce que nous faisons. Est-ce bien votre avis?

M. Salembier : Je vous répondrai à la fois par oui et non. Il existe, certes, un degré d'incertitude étant donné que nous ne savons pas comment les tribunaux judiciaires interpréteront une telle disposition, mais nous avons une assez bonne idée des interprétations possibles. Il se peut que dans ce type de situations, auxquelles je n'ai participé que deux ou trois fois, on se soit essentiellement décidé en fonction d'un calcul après s'être demandé si, dans l'hypothèse où les tribunaux interprétaient la clause de telle ou telle manière, on ne risquait pas de voir réduire à zéro l'effet de la loi. Il y a, en plus, à l'occasion de telles décisions, un certain calcul politique.

Dans chacun de ces cas, il a été décidé que les incidences éventuelles étaient acceptables du point de vue de la politique générale, ou avantageuses du point de vue politique et c'est pourquoi ces clauses ont été formulées comme elles l'ont été.

J'ai récemment pris part à la rédaction du projet de loi S-8 sur la salubrité de l'eau potable dans les collectivités des Premières nations. Ce projet de loi comporte une clause de non-dérogation très différente. Un objectif important de politique générale était la protection de la santé et de la sécurité dans les réserves, et c'est pour cela que la clause prévoit une exception précise voulant que même si un tribunal entendait lui reconnaître un effet dramatique, il lui faudrait s'abstenir si cela devait avoir pour effet de nuire à la protection de la salubrité de l'eau potable. En l'occurrence, on a procédé à un calcul différent pour décider du type de clause qui serait acceptable. La formulation de la clause a en effet fait l'objet de négociations entre le ministre des Affaires indiennes et les groupes autochtones.

Le sénateur Joyal : D'après la lettre du ministre, le problème subsiste néanmoins. Vous étiez présent lorsque j'ai lu la lettre du ministre.

Je ne sais pas, monsieur Becker, si vous avez participé à la rédaction de cette lettre, mais elle dit textuellement ceci :

En ce qui concerne les propositions concrètes sur la question des dispositions de non-dérogation, le gouvernement du Canada...

That makes it quite clear that it is not only the minister but also indeed the Government of Canada.

— agrees that the current *ad hoc* approach to the inclusion of such clauses in individual statutes is unsustainable and leads to a number of problems and risks.

What do we do from there on? Do we totally set aside any non-derogation clause in the future, or do we have an approach such as the one proposed by Senator Watt that puts it in the Interpretation Act? If there is such a case as Mr. Salembier has mentioned, for example, with regard to clean and pure drinking water, we can devise in legislation an answer specific to the needs that we want to address and that you have spelled out well in relation to water.

It seems to me we have conundrum. If we do nothing, we are damned, and with the 19 we have put in we are damned also, because, as Mr. Salembier said, we are shooting in the dark. Where do we draw the lines in the Department of Justice?

Mr. Becker: I am certainly not —

Senator Joyal: That is the word of the minister. It is on the letterhead of the Minister of Justice and Attorney General of Canada.

Mr. Becker: I am familiar with the letter. I did not draft it; it was before my time. I am not here to provide any further follow-up on behalf of the government in terms of this committee's report, but within the limits of looking at Bill S-207, I think that you can reasonably infer that the concerns with respect to a non-derogation clause have not been resolved in the interim.

Yes, clearly, having 19 clauses of different shapes and sizes is not optimal from a certain perspective, but perhaps this last case that my colleague just mentioned shows some light at the end of the tunnel in terms of specifically tailoring at an early stage, where there appears to be some prospect of legislation infringing Aboriginal or treaty rights, how that interaction is intended to occur.

Senator Joyal: In other words, we will answer on a case-by-case basis as problems appear, and for sound policy issues we will shape an answer that will be reflective of the balancing of those interests that you have described.

Mr. Becker: That does provide the opportunity to measure and understand the interaction between the legislative scheme that is being considered and the section 35 protected rights that might be infringed, and work out how that is to operate.

Il ressort clairement de cela qu'il ne s'agit pas uniquement du ministre, mais du gouvernement du Canada tout entier.

... convient que, pour ce qui est de l'inclusion de telles clauses dans divers textes de loi, l'actuelle approche *ad hoc* ne saurait continuer, car elle comporte un certain nombre de problèmes et de risques.

Qu'allons-nous donc faire? Devons-nous, à l'avenir, supprimer toute clause de non-dérogation, ou allons-nous adopter une approche telle que celle que nous propose le sénateur Watt, et inscrire une telle disposition dans la Loi d'interprétation? S'il se présente un cas comme celui dont M. Salembier a fait état au sujet de leur salubrité de l'eau potable, nous nous entendons sur une formulation particulièrement adaptée aux besoins, comme vous nous l'avez si bien expliqué au sujet de l'eau.

Nous sommes face, me semble-t-il, à un dilemme. Soit nous ne faisons rien, et on nous le reprochera, mais on nous reproche de toute manière les 19 dispositions de non-dérogation que nous avons introduites car, comme le disait M. Salembier, nous tirons des coups de feu dans le noir. Où en sommes-nous avec le ministère de la Justice?

M. Becker : Je ne suis certainement pas...

Le sénateur Joyal : Mais c'est bien ce qu'a dit le ministre. Ses propos ont été tapés sur du papier à en-tête du ministre de la Justice et procureur général du Canada.

M. Becker : Je suis au courant de cette lettre. Ce n'est pas moi qui l'ai écrite; c'était avant mon arrivée au ministère. Je ne suis pas ici pour commenter l'avis du gouvernement sur le rapport du comité mais, en ce qui concerne le seul projet de loi S-207, vous pouvez, me semble-t-il, raisonnablement conclure que dans l'intervalle, le problème de la clause de non-dérogation n'a pas été résolu.

Il est bien évident que d'un certain point de vue ces 19 clauses de portée et de formulation différentes ne constituent pas une solution idéale, mais l'exemple que vient de citer mon collègue montre qu'il existe peut-être une solution et qu'il s'agirait simplement, dès qu'on s'aperçoit qu'un texte de loi risque de porter atteinte à des droits ancestraux ou issus de traités, d'adopter une formulation qui ménage correctement l'interaction entre les droits et intérêts en présence.

Le sénateur Joyal : Autrement dit, nous interviendrions cas par cas, au fur et à mesure que surgit un problème et nous adopterions, pour de solides raisons de politique générale, une formulation qui tient compte du nécessaire équilibre entre les divers intérêts dont vous avez fait état.

M. Becker : Ce serait l'occasion d'apprécier et de comprendre l'interaction entre la formule législative qui vous est proposée et les droits garantis par l'article 35 auxquels il pourrait être porté atteinte, et de régler la question de savoir comment tout cela s'imbrique.

Senator Joyal: However, it does not solve the problem that, in principle, where we stand in terms of those individual statutes is unsustainable and leads to a number of problems and risks, as the minister's letter stated.

Mr. Becker: I cannot contradict the minister on that.

Senator Fraser: I am trying to wrap my mind around your reasoning. We are not talking about a constitutional amendment; we are talking about a simple amendment to the Interpretation Act. There is nothing that I can see in this bill, and I would like you to tell me whether I am right or wrong, that would diminish the government's or Parliament's right to work through different versions of a non-derogation clause for individual pieces of legislation where that was necessary. I think Senator Watt confirmed that in his testimony.

Mr. Salembier, I do not understand why you would see, to use your word, "danger" here. Can you try to square my circle for me, please?

Mr. Salembier: I hope the word I used was "risk" and not "danger."

Senator Fraser: I am pretty sure I heard the word "danger."

Mr. Salembier: I will clarify. It is simply a question of risk, which is really the range of possible interpretations that something can be given. If you put it in the Interpretation Act, it will apply to all existing statutes. There are a couple of thousand statutes out there on which no analysis has been done about the potential impact of a non-derogation clause, but you would be automatically applying it to those thousands of statutes. As I said, depending upon what interpretation the court gave, that could significantly undermine the policy objectives that the federal government was seeking to attain in enacting those statutes.

Senator Fraser: If a court has said that a given piece of legislation infringes on rights, any Canadian rights, do we not find ourselves in Chief Justice McLachlin's dialogue situation where the court says that although you may have valid objectives you have not gone about it the right way so go back and fix it, and the government says, "Oh rats," and asks Parliament to fix it? This is a known dynamic. Why would it not apply here?

Mr. Salembier: As you say, that is the way section 35 currently works. The risk would be, depending upon how the courts interpreted it, that it might preclude that dialogue, that the courts might say that the federal government has unilaterally waived its right to seek to justify an infringement, and as soon as any infringement is found, for example, in fisheries, the federal government just has to walk away and the statute will not apply, without any analysis being given to, as you mentioned, federal

Le sénateur Joyal : Cela ne résout cependant pas le problème qui est que la situation actuelle, avec des clauses au libellé différent, ne peut pas durer car, ainsi que le ministre l'a dit dans sa lettre, cela crée des problèmes et des risques.

M. Becker : Je ne saurais, sur ce point, contredire le ministre.

La sénatrice Fraser : J'essaie de comprendre votre raisonnement. Il ne s'agit pas d'un amendement constitutionnel, mais d'une simple modification de la Loi d'interprétation. Je me trompe peut-être, mais je ne trouve, dans le texte de ce projet de loi, rien qui nuirait au droit du gouvernement ou du Parlement d'adapter, le cas échéant, le libellé de la clause de non-dérogation à la loi dans laquelle on souhaite insérer une telle disposition. C'est, je crois, ce que le sénateur Watt a confirmé lors de son témoignage.

Monsieur Salembier, je ne comprends pas que cela représente pour vous un « danger ». Pourriez-vous, s'il vous plaît, éclairer ma lanterne?

M. Salembier : J'espère avoir employé le mot « risque » et non le mot « danger ».

La sénatrice Fraser : J'ai bien l'impression d'avoir entendu prononcer le mot « danger ».

M. Salembier : Permettez-moi de préciser. Il est simplement question du risque qu'entraîne l'éventail des interprétations que l'on peut donner de quelque chose. Si vous inscrivez une telle clause dans la Loi d'interprétation, elle s'appliquera à toutes les lois en vigueur. Or, il existe plusieurs milliers de lois et aucune analyse n'a été faite de l'incidence que pourrait avoir sur elles une clause de non-dérogation qui s'appliquerait automatiquement à elles. Comme je le disais tout à l'heure, selon l'interprétation que retiendrait le tribunal, on risque de nuire sensiblement aux objectifs gouvernementaux visés par les lois en question.

La sénatrice Fraser : Si un tribunal décide qu'un texte de loi porte atteinte aux droits de certains Canadiens, quels qu'ils soient, ne retrouverons-nous pas la situation de dialogue dans lequel est intervenue la juge en chef McLachlin, les tribunaux judiciaires ayant eu l'occasion d'affirmer que, malgré des objectifs valables, le gouvernement, dans tel ou tel cas, ne s'y est pas pris correctement et qu'il lui faut reprendre ses travaux et corriger le tir. Le gouvernement répond alors « Désolé », et demande au Parlement de rectifier la situation. C'est un cas de figure qui nous est familier. Pourquoi n'en ferait-on pas autant en l'occurrence?

M. Salembier : C'est ainsi, comme vous le dites, que fonctionne actuellement l'article 35. Le risque est que, selon l'interprétation du tribunal, ce dialogue pourrait être court-circuité, le tribunal affirmant que le gouvernement fédéral a unilatéralement renoncé à son droit de justifier une éventuelle atteinte et que dans l'hypothèse où une atteinte est constatée, en matière de pêches, par exemple, le gouvernement fédéral n'a qu'à renoncer à intervenir, la loi devenant inopérante. Il n'y aurait même pas à

objectives, minimal impairment, adequate consultation and those other sorts of things.

Senator Fraser: Then the dialogue would involve taking another look at the Interpretation Act, would it not?

Mr. Salembier: I am sorry?

Senator Fraser: The dialogue between the courts and Parliament would at that point shift away from the specific piece of legislation that led to such a judgment and would come back to the question on the Interpretation Act. Should a court take the extreme position you outline? We are not talking about a constitutional amendment; we are talking about the Interpretation Act. We could come back and do another amendment, could we not?

Mr. Salembier: If you pass a law that has negative consequences, you can always repeal it, but I am not sure that justifies passing a law in the first place that might have negative consequences.

Senator Fraser: That depends on whether you think it could have negative consequences.

Senator Joyal: If the Government of Canada is in court against an Aboriginal group on the interpretation of a statute, that Aboriginal group can always claim section 35 if they feel that they have a treaty right or an Aboriginal right. In other words, in that context I do not see how the Interpretation Act would be superior to the obligations that are contained in section 35 that would be alleged by the Aboriginal group to support their contention that the legislation goes against their treaty rights. It seems to me that when you are in the court at that level it is the Constitution that prevails. The Interpretation Act becomes secondary to the letter of the Constitution.

I do not understand your risk at that level when the Government of Canada would be in court facing an Aboriginal group that alleges existing Aboriginal rights on the basis of the Constitution. I am a lawyer and I know that if I go to court to plead, I would plead the Constitution instead of a statute to support my contention if I can rely on existing treaty or Aboriginal rights.

Mr. Salembier: I do not think we were suggesting that this bill would affect how section 35 operates. What we would see is a First Nation coming and asserting their section 35 rights, proving their rights, and then it comes to infringement. Then, once they have done all of that, when it comes to infringement then they would bring forward this clause in the Interpretation Act and say, now this clause means that the government cannot even start on the justification, is not allowed to provide a justification for why this infringement is really in pursuit of a valid federal objective and is reasonable in all the circumstances, which means minimally impairing, full consultation, et cetera. That is what we worry

chercher à analyser l'objectif visé par le gouvernement fédéral ou le caractère minimal de l'atteinte aux droits en question, à se demander si les consultations ont eu correctement lieu ou quoi que ce soit.

La sénatrice Fraser : Ce dialogue entraînerait donc un réexamen de la Loi d'interprétation, non?

M. Salembier : Pardon?

La sénatrice Fraser : Le dialogue entre les tribunaux et le Parlement passerait alors du texte de loi sur lequel la justice s'est prononcée de manière si radicale, à la Loi d'interprétation. Il ne s'agit pas d'un amendement constitutionnel, mais d'une modification de la Loi d'interprétation. Ne pourrions-nous pas alors nous remettre à la tâche et adopter un nouvel amendement?

M. Salembier : Si vous avez adopté un texte de loi qui entraîne des conséquences néfastes, vous pouvez, effectivement, toujours l'abroger, mais je ne suis pas certain que cette possibilité justifie le fait que vous ayez initialement adopté une loi qui pourrait entraîner des conséquences néfastes.

La sénatrice Fraser : Si vous pensez qu'elle pourrait effectivement entraîner des conséquences néfastes.

Le sénateur Joyal : Si, devant les tribunaux, le gouvernement du Canada s'oppose à un groupe autochtone sur l'interprétation d'une loi, le groupe autochtone en question peut toujours invoquer l'article 35 s'il estime qu'un droit ancestral ou issu de traité est en jeu. Cela étant, je ne vois guère comment la Loi d'interprétation l'emporterait sur les obligations découlant de l'article 35, que ne manquerait pas d'invoquer le groupe autochtone qui soutient que le texte en question porte atteinte aux droits qu'il tient de traités. Je considère qu'à ce niveau-là du processus judiciaire, c'est la Constitution qui l'emporte. La Loi d'interprétation revêt une importance secondaire par rapport au texte de la Constitution.

Je ne comprends donc pas le risque dont vous faites état à ce niveau dans l'hypothèse où le gouvernement du Canada s'oppose en justice à un groupe autochtone qui invoque, Constitution à l'appui, un droit ancestral existant. Étant moi-même avocat, je sais que si j'ai à plaider en justice, si je peux faire état de droits ancestraux existants ou issus de traités, je vais invoquer la Constitution et non pas une loi ordinaire.

M. Salembier : Nous n'entendons pas dire que ce projet de loi affecterait le fonctionnement de l'article 35. Ce qui se passerait, c'est qu'une Première nation commencerait par invoquer les droits qu'elle tient de l'article 35 puis, après avoir démontré l'existence de ces droits, dans l'hypothèse où il y est porté atteinte, elle invoquerait cette disposition de la Loi d'interprétation, soutenant que cela veut dire que le gouvernement ne peut même pas commencer à justifier la mesure en question, qu'il n'est pas admis à expliquer que l'atteinte se justifie par un objectif fédéral régulier, qu'elle est raisonnable compte tenu des circonstances, c'est-à-dire qu'elle porte le moins possible atteinte au droit en

about, that this would be a second bullet in the gun, after section 35, and it would be something that would stop the federal government from engaging in a justification analysis that might be warranted in the circumstances.

Senator Joyal: I do not follow you, because the *Sparrow* criteria have been drawn by the court on the basis of section 35, not on the basis of a non-derogation clause that would have been included in a statute, if I read the *Sparrow* case rightly on this. The *Sparrow* case stems from an interpretation of section 35 of the Constitution. The test of minimum impairment, duty to negotiate, duty to uphold the honour of the Crown — the three criteria in the *Sparrow* case — do not stem from a non-derogation clause; they stem from the Constitution.

At the moment the government is in a court and has to justify its infringement, it would be on the *Sparrow* case criteria, not on a non-derogation clause that happens to be existing in the general interpretation of the statute, especially in such a case where we all know that most of those cases pertain to the protection of fisheries rights, hunting rights or self-government management on reserve and so on.

It seems that you are trying to give to the non-derogation clause a scope that, in my opinion, humbly put to you, does not at all meet the substance of section 35 and the impact that it would have in any case in a debate in a court of law.

Mr. Becker: Might I try a response to that? Let me phrase this somewhat differently. Clearly, I would not expect a First Nation in the context you are describing to just come in and argue the non-derogation clause. They would be coming in and arguing there were Aboriginal or treaty rights that were infringed in whatever the case might be in the hypothetical. Once they have established that in fact there is an Aboriginal right or treaty right that is engaged or infringed by the legislation, the argument would not turn immediately to section 35 but would turn to whether the legislation operates, given the non-derogation clause. If in fact the court concluded on the basis of the non-derogation clause that the legislation did not prevail over the right or was not intended to operate in the face of that right, you would never get to the section 35 dialogue that we have been talking about.

Senator Joyal: We have no case law to the position you are putting to me at this stage. We have no case law whereby there has been a decision of a Canadian court at the highest level whereby that has happened in the past, on the 19 statutes where there is a non-derogation clause. You are construing now a reasoning on the basis of a supposed risk, but that risk has never been checked in court or in any case, unless I am unaware of past decisions.

question, qu'on a procédé aux consultations prévues, et cetera. Ce qui nous inquiète, c'est que cela servirait de deuxième cartouche, après l'article 35, et empêcherait le gouvernement fédéral d'avoir recours à la justification constitutionnelle que peut appeler la situation.

Le sénateur Joyal : Je ne vous suis pas car, sauf erreur de ma part, dans l'arrêt *Sparrow*, pour dégager les critères applicables, la cour s'est fondée sur l'article 35, et non pas sur une clause de non-dérogation figurant dans telle ou telle loi. L'arrêt *Sparrow* repose sur une interprétation de l'article 35 de la Constitution. Le critère de l'atteinte minimale, de l'obligation de négocier, de l'obligation de préserver l'honneur de la Couronne — les trois critères de l'arrêt *Sparrow* — découle non pas d'une clause de non-dérogation, mais de la Constitution.

Lorsque le gouvernement, comparaisant en justice, est appelé à justifier l'atteinte à de tels droits, l'affaire sera tranchée au regard des critères dégagés dans l'arrêt *Sparrow* et non au regard d'une clause de non-dérogation au vu de laquelle la loi en question serait interprétée, cela étant particulièrement vrai étant donné que nous savons pertinemment que la plupart des affaires de ce genre concernent la protection des droits de pêche, des droits de chasse, de l'autonomie gouvernementale ou de la gestion des réserves.

D'après moi, vous attribuez à cette disposition de non-dérogation une portée qui, si vous nous permettez de le dire, ne correspond pas du tout à la teneur de l'article 35 et me paraît disproportionnée par rapport à l'influence qu'aurait une telle disposition lors d'un procès.

M. Becker : Puis-je répondre? Permettez-moi de m'exprimer un peu différemment. Dans le cas de figure que vous venez de décrire, je ne m'attendrais évidemment pas à voir une Première nation se contenter d'invoquer une clause de non-dérogation. Elle ferait valoir qu'en l'occurrence, une atteinte a été portée à des droits ancestraux ou issus de traités. Une fois établi que des droits ancestraux ou issus de traités sont en cause, ou que tel ou tel texte lui porte atteinte, le débat ne porterait pas immédiatement sur l'article 35, mais sur la question de savoir si la disposition en cause est opérante compte tenu de l'existence d'une clause de non-dérogation. Si le tribunal venait à conclure qu'étant donné l'existence de cette clause de non-dérogation, la disposition en cause ne l'emporte pas sur le droit qui peut être invoqué ou que, selon l'intention du législateur, le texte n'était pas censé s'appliquer en présence de ce droit, on n'en viendrait jamais à ce dialogue sur l'article 35.

Le sénateur Joyal : Aucune jurisprudence ne conforte l'hypothèse que vous avancez là. La plus haute juridiction canadienne ne s'est jamais, par le passé, prononcée en ce sens à l'égard d'une des 19 lois comportant une disposition de non-dérogation. Le raisonnement que vous avancez repose sur un risque hypothétique qui, à moins qu'il y ait des jugements qui m'échappent, n'a jamais été confirmé en justice.

Mr. Becker: You are right in that I am certainly not aware of any case that deals with a non-derogation clause dealing with this in particular, but I can give you an example of a case or a similar context that illustrates this risk quite well. This committee is well aware that much of the wording that is contained in this clause relates back to section 25 of the Charter, in both French and English. The courts have been struggling with the interpretation around section 25 for years as well. The Supreme Court of Canada most recently dealt with interpreting section 25 in a case called *Kapp* in 2008. While the majority of the court concluded that it did not need to deal with the section 25 issue in that case, there was a dissenting judge who went through the wording that again was essentially constructed the same way — shall not be construed so as to abrogate or derogate; that is a key component in section 25 — *ne porte pas atteinte*, the French — and the judge went through methodically the French and English versions of those in the section 25 context.

I am not saying there is a direct parallel, but the wording is very similar, referred to some other similar wording that had been considered by the court in the Canadian Bill of Rights another generation earlier, and concluded that, in fact, the wording meant — particularly the French wording was clear — that there was a priority given, and there was not going to be a balancing, and concluded that section 25 operated essentially as a shield, is how we framed it.

There is at least an analogy that was dealt with at the Supreme Court using very similar wording. Again, I am not saying this is directly applicable, but the wording is very similar, in fact I think derived from section 25. Again, the majority in that case actually expressed some concerns with the minority reasoning, so this may not be how it lands, but it illustrates how particular judges may approach it, and we do not know where it will land.

Senator Joyal: I am happy to hear that the majority on the court had a sound interpretation of the bill, but of course you can never predict 100 per cent that the judges will always interpret your statute the way the Justice Department has drafted it and the way that the government intention has been expressed when Parliament voted on those bills. The jurisprudence books of Canada are full of cases that I could quote you, since I have been in Parliament, in which the representatives of the Justice Department have assured us it was Charter-proof according to section 11 of the Department of Justice Act, that the intention was clear, that there was no mistake possible about the objective of the legislation, and the in following two years we found ourselves in court and the bill was set aside, as you know. That came from your own shop. No one can predict at the end what a court or a judge might decide. The important thing is to be sure that what there is in the Constitution is well understood and takes

M. Becker : Vous avez raison et je n'ai moi-même connaissance d'aucune affaire ayant trait à une clause de non-dérogation dans ce contexte précis, mais je peux vous citer une affaire survenue dans un contexte analogue et qui illustre assez bien le risque en question. Le comité n'ignore pas que le libellé de cette disposition s'inspire en grande partie de l'article 25 de la Charte, tant sa version française qu'anglaise. Les tribunaux judiciaires s'efforcent depuis des années à s'entendre sur l'interprétation de l'article 25. Récemment, en 2008, la Cour suprême du Canada a à nouveau eu l'occasion de se pencher sur l'interprétation de l'article 25 dans le cadre de l'affaire *Kapp*. Alors qu'une majorité de la cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu, en l'occurrence, de se prononcer sur la question soulevée au regard de l'article 25, un juge dissident s'est penché sur le libellé de cet article — libellé qui est essentiellement le même — ne porte pas atteinte; c'est l'élément essentiel de l'article 25 — en anglais, shall not be construed so as to abrogate or derogate — se livrant ensuite à un examen méthodique des versions française et anglaise dans le contexte de l'article 25.

Je ne prétends pas établir entre les deux un parallèle, mais, de par leur libellé, les deux dispositions se ressemblent beaucoup. Le juge a rappelé que la cour avait, à une époque antérieure, examiné une disposition analogue de la Déclaration canadienne des droits. Il a fini par conclure que cet article doit être interprété comme voulant dire — le texte français étant beaucoup plus certain — qu'une primauté est établie et qu'il n'y a aucune pondération des droits en jeu, l'article 25 servant essentiellement, selon nous, de bouclier.

La Cour suprême a donc noté cette analogie. Je ne prétends pas que cet exemple soit directement applicable, mais les libellés se ressemblent beaucoup et je pense en fait que celui-ci s'inspire de celui de l'article 25. Cela dit, je rappelle que dans l'affaire que je viens de citer, la majorité de la cour a exprimé des doutes quant au raisonnement adopté par le juge minoritaire et on ne peut, par conséquent, pas prévoir comment une telle affaire serait tranchée à l'avenir, mais cela sert à montrer comment certains juges pourraient aborder la question et nous ne savons pas comment un tribunal saisi de la question se prononcerait.

Le sénateur Joyal : Je suis heureux de vous entendre dire que la majorité de la cour a correctement interprété le texte en cause, mais il est bien évident qu'on ne peut jamais être certain que l'interprétation du tribunal sera toujours conforme à l'intention du ministère de la Justice qui a rédigé le texte et à l'intention du gouvernement tel qu'exprimé par le législateur qui l'a voté. On trouve dans la jurisprudence canadienne de nombreuses affaires dont j'ai eu connaissance depuis mon entrée au Parlement, et où les représentants du ministère de la Justice nous ont assuré, conformément à l'article 11 de la Loi sur le ministère de la Justice, qu'un texte était parfaitement compatible avec les fins et dispositions de la Charte canadienne de droits et libertés, que l'intention était claire, qu'il n'y avait aucune erreur possible quant à l'objectif visé. Deux ans plus tard, nous nous retrouvions devant les tribunaux qui, comme vous le savez, ont infirmé le texte. Or, il s'agissait d'un texte de chez vous. Personne ne peut donc prédire

paramountcy in the interpretation of the legislation and the protection of the rights of the people, because that is what we are talking about here. We are talking here about protecting the rights of the Aboriginal people of Canada from time immemorial before, as the Supreme Court said in the *Delgamuukw* case, before the European immigrants came to establish themselves here 500 years ago. We are talking about something very serious. As you said, it is about a section of the Constitution that defines and protects their rights.

It is important when we legislate in relation to that that we keep in mind the paramount objective. As you said quite properly, there is a question of balancing. The court will never refuse to balance the competing rights of the Aboriginal people and the sound objective of public policy to protect the life of the individual, as in the case of water that you mentioned, or the livelihood of the people who have been living for time immemorial by fishing and hunting.

We all know that. We know the history of the jurisprudence of the Supreme Court in relation to sections 25 and 35. I think it has been progress. I do not think we can conclude on the basis of the history since 1982 that, in fact, the Government of Canada has been prevented from legislating the objectives of sound public policy for the benefit of all Canadians in relation to the interpretation given to section 35. I do not see how a non-derogation clause could endanger that aspect of reality, on the basis, as I said, of past jurisprudence in relation to section 35.

The Chair: You are not required to respond.

Senator Joyal: They do not need to agree.

The Chair: It has been an interesting discussion. Thank you, gentlemen, for your contribution to the committee's deliberations. It is much appreciated.

Before we adjourn, we are meeting again tomorrow. We have two witness panels and then clause-by-clause consideration. We hope to start the meeting right on time so we do not run into problems with our attendance in the chamber.

(The committee adjourned.)

OTTAWA, Thursday, February 28, 2013

The Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, to which was referred Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of Aboriginal treaty rights), met this day at 10:30 a.m. to give consideration to the bill.

Senator Bob Runciman (*Chair*) in the chair.

dans quel sens un tribunal ou un juge se prononcera. Ce qui importe c'est de bien comprendre la teneur des dispositions constitutionnelles, et qu'en matière d'interprétation des lois et de protection des droits des peuples, car c'est bien de cela qu'il s'agit, ce sont les dispositions constitutionnelles qui l'emportent. Il s'agit en l'occurrence de la protection de droits que, ainsi que la Cour suprême l'a rappelé dans l'arrêt *Delgamuukw*, les peuples autochtones du Canada possédaient bien longtemps avant que les immigrants européens viennent s'installer ici il y a 500 ans. C'est donc quelque chose de très sérieux. Comme vous le disiez tout à l'heure, cela concerne un article de la Constitution qui définit et protège leurs droits.

Il importe donc, lorsque nous légiférons en ce domaine, de garder à l'esprit cet objectif fondamental. Comme vous avez eu raison de le dire, il s'agit de parvenir à un équilibre. La cour ne refusera jamais de rechercher l'équilibre entre les droits opposés des peuples autochtones et un objectif valable de politique publique qui, comme c'est le cas du projet de loi sur l'eau, vise la sécurité des personnes ou le bien-être économique de peuples qui ont toujours vécu de la pêche et de la chasse.

Tout cela, nous le savons. Nous savons comment la jurisprudence de la Cour suprême a évolué au regard des articles 25 et 35. Il y a eu, me semble-t-il, des progrès. Je ne pense pas que nous puissions affirmer, au vu de l'évolution qui s'est produite depuis 1982, que le gouvernement du Canada, en raison de l'interprétation qui a été donnée de l'article 35, a été empêché de légiférer dans l'intérêt de tous les Canadiens. Je ne vois pas, compte tenu de la jurisprudence relative à cet article, comment l'adoption d'une clause de non-dérogation pourrait remettre tout cela en cause.

Le président : Vous n'êtes aucunement tenus de répondre.

Le sénateur Joyal : Ils ne sont pas obligés d'être d'accord.

Le président : Tout cela a donné lieu à une discussion intéressante. Je vous remercie, messieurs, de votre apport aux travaux du comité. Nous vous en sommes infiniment grés.

Je précise, avant de lever la séance, que nous devons à nouveau nous réunir demain. Nous accueillerons deux groupes de témoins avant de procéder à l'examen article par article. Nous espérons entamer la séance à l'heure prévue afin de pouvoir sans difficulté nous rendre à la Chambre.

(La séance est levée.)

OTTAWA, le jeudi 28 février 2013

Le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, auquel a été renvoyé le projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités), se réunit aujourd'hui, à 10 h 30, pour en faire l'examen.

Le sénateur Bob Runciman (*président*) occupe le fauteuil.

[English]

The Chair: Good morning, and welcome colleagues, invited guests and members of the general public who are following today's proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.

We are meeting today to continue our consideration of Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act, dealing with non-derogation of Aboriginal treaty rights. The bill was introduced in the Senate by the Honourable Charlie Watt, a senator from Inkerman, Quebec, on December 13, 2011.

According to its summary, the purpose of Bill S-207 is to amend the Interpretation Act to prevent any other legislation from abrogating or derogating from the Aboriginal and treaty rights recognized and affirmed by section 35 of the Constitution Act, 1982.

This is our second meeting on Bill S-207 and these committee hearings are open to the public and also available via webcast. You can find more information on the scheduled meetings, webcasts and archives on the parliamentary website under "Senate Committees."

To lead off today, our first panel is from Nunavut Tunngavik Inc. I am pleased to welcome Cathy Towtongie, President, and Laurie Pelly, Legal Counsel.

Madam president, I understand you have an opening statement, so the floor is yours.

Cathy Towtongie, President, Nunavut Tunngavik Inc.: Thank you, Mr. Chair. I am honoured and humbled to be in attendance. It is wonderful to meet Vernon White, who has been in Nunavut, and Senator Watt, and to meet your deputy chair, Senator Fraser.

I am pleased that the Senate has done excellent and tremendous work on the report in 2007. That is a logical, rational approach that you have taken on the constitutional issues. It was excellent work.

Thank you for inviting me to appear before this committee today. NTI represents more than 25,000 Inuit of Nunavut for the purpose of asserting and defending the rights of Inuit under the 1993 Nunavut Land Claims Agreement.

First, as president, personally and professionally I would like to applaud the Senate, its committee and individual senators for your insistence that the important issue of non-derogation of Aboriginal and treaty rights gets the immediate attention it deserves.

The non-derogation clause, as you know, is an interpretive statement. In an act where Parliament has not turned its attention directly to the infringement issue, a non-derogation clause simply indicates that Parliament does not intend to derogate from Aboriginal and treaty rights protected by section 35 of the

[Traduction]

Le président : Bonjour et bienvenue chers collègues, invités et membres du public qui écoutent la séance d'aujourd'hui du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles.

Le comité se réunit aujourd'hui pour procéder à l'examen du projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation, qui traite du maintien des droits autochtones ancestraux issus de traités. Le projet de loi a été déposé au Sénat par l'honorable Charlie Watt, sénateur d'Inkerman, au Québec, le 13 décembre 2011.

D'après son résumé, l'objectif du projet de loi S-207 est de modifier la Loi d'interprétation afin d'empêcher toute autre loi d'abroger des droits autochtones ancestraux ou issus de traités reconnus et affirmés par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ou d'y déroger.

Il s'agit de notre deuxième séance consacrée au projet de loi S-207 et les audiences du comité sont ouvertes au public et peuvent être suivies sur Internet. Vous pourrez obtenir davantage de renseignements sur le programme des réunions, les webémissions et les archives sur le site Web parlementaire dans la catégorie « Comités du Sénat ».

Pour débiter aujourd'hui, notre premier groupe de témoins représente la Nunavut Tunngavik Inc. J'ai le plaisir d'accueillir Cathy Towtongie, présidente, ainsi que Laurie Pelly, conseillère juridique.

Madame la présidente, j'ai cru comprendre que vous aviez une déclaration préliminaire à livrer, je vous cède donc la parole.

Cathy Towtongie, présidente, Nunavut Tunngavik Inc. : Merci, monsieur le président. C'est un privilège et un honneur d'être parmi vous. C'est extraordinaire de pouvoir rencontrer Vernon White, qui a été au Nunavut, ainsi que le sénateur Watt, et de rencontrer votre vice-présidente, la sénatrice Fraser.

Je suis ravie de constater que le Sénat a fait un travail considérable et d'excellente qualité sur le rapport en 2007. Il s'agit d'une approche logique et rationnelle des enjeux constitutionnels. C'était un excellent travail.

Merci de m'avoir invitée à comparaître devant le comité aujourd'hui. La NTI représente plus de 25 000 Inuits du Nunavut afin d'affirmer et de défendre leurs droits, en vertu de l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut de 1993.

Tout d'abord, en tant que présidente, d'un point de vue professionnel et personnel, je tiens à applaudir le Sénat, le comité et les membres de leur insistance pour que la question importante du maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités obtienne l'attention qu'elle mérite.

La disposition de la dérogation, comme vous le savez, est un énoncé interprétatif. Dans le cadre d'une loi dans laquelle le Parlement n'a pas porté son attention directement sur la question de la violation de droits, une disposition de non-dérogation indique simplement que le Parlement n'a pas l'intention de

Constitution Act. In other words, the clause relays to the courts and the public that the act does not unintentionally do something that Parliament did not intend it to do.

Since 1998, non-derogation clauses with an entirely different purpose have appeared in federal laws. The introduction of various and more and more objectionable clauses has thrown the interpretative clause of federal law on this issue into confusion.

NTI lawyers first noticed in 2001 that a modified non-derogation clause appeared in a late draft of the Nunavut Waters and Nunavut Surface Rights Tribunal Act. The modified clause inserted a new phrase: that nothing in the act shall derogate from “the protection provided” for Aboriginal and treaty rights by section 35. NTI soon realized that the new clause appeared in a number of other statutes that have significant potential to impact Aboriginal and treaty rights, such as the Mackenzie Valley Resource Management Act and the Canadian Environmental Protection Act.

No other Aboriginal representatives that NTI contacted at that time had been made aware of the new wording. As we came to learn, the new wording was the Justice Department’s attempt to change the meaning and impact of non-derogation clauses.

As you know, under *Sparrow*, Aboriginal rights are not absolute. The protection provided under *Sparrow* allows an Aboriginal right to be infringed in limited circumstances: where there is a valid legislative objective and the infringement is justified in accordance with the honour of the Crown, including whether the infringement is minimal, and there has been adequate consultation and compensation, if necessary.

Rather than reflect Parliament’s intention not to infringe, the new language reflected the possible intention to infringe Aboriginal and treaty rights to the extent permitted by *Sparrow*. However, the rights that may be infringed are not identified in the laws in which this language occurs. They may not have been the subject of parliamentary debate. They may not have been considered by Parliament in relation to the objectives of the laws in question. In fact, Parliament is left totally out of the mix.

In 2007, Department of Justice witnesses admitted to this committee that the purpose of the new language is to allow government to keep the ability to argue later that a particular infringement, which was unidentified at the time of Parliament’s consideration of a bill, is justified.

déroger à des droits ancestraux autochtones ou issus de traités protégés par l’article 35 de la Loi constitutionnelle. En d’autres termes, la disposition indique aux tribunaux et au grand public le fait que la loi ne fait pas involontairement quelque chose que le Parlement n’avait pas l’intention de faire.

Depuis 1998, les dispositions de non-dérogação ayant un objectif complètement différent ont commencé à apparaître dans les lois fédérales. L’introduction de diverses dispositions de plus en plus contestables a créé de la confusion autour de la question de la disposition d’interprétation des lois fédérales.

Les juristes de la NTI ont d’abord remarqué en 2001 qu’une disposition de non-dérogação modifiée était apparue dans l’une des dernières versions de la Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut. La disposition modifiée comprenait une nouvelle phrase, soit que rien dans la loi ne portera atteinte aux « protections prévues » par l’article 35 pour les droits ancestraux autochtones ou issus de traités. La NTI s’est rapidement rendue compte que la nouvelle disposition apparaissait dans un certain nombre d’autres lois et était donc susceptible d’entraîner de fortes répercussions sur les droits ancestraux et issus de traités, comme la Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie et la Loi canadienne sur la protection de l’environnement.

Aucun autre représentant autochtone avec lesquels la NTI a communiqué à cette époque n’avait été informé de ce nouveau libellé. Comme nous l’avons appris par la suite, ce nouveau libellé était le fruit d’une tentative du ministère de la Justice de modifier le sens et les répercussions des dispositions de non-dérogação.

Comme vous le savez, en vertu de l’arrêt *Sparrow*, des droits ancestraux autochtones ne sont pas absolus. La protection prévue en vertu de l’arrêt *Sparrow* permet de contrevenir à un droit ancestral dans des circonstances limitées : lorsqu’il y a un objectif législatif valable et que cette contravention est propre à sauvegarder l’honneur de la Couronne, même si cette contravention est minime, et que des consultations et des dédommagements adéquats aient été prévus, si nécessaire.

Plutôt que de refléter l’intention du Parlement de ne pas enfreindre ces droits, le nouveau libellé reflétait une intention possible d’enfreindre les droits ancestraux autochtones et issus de traités dans la mesure permise par l’arrêt *Sparrow*. Cependant, les droits susceptibles d’être enfreints ne sont pas identifiés dans les lois dans lesquelles on trouve ce libellé. Il se peut que cela n’ait pas été débattu au Parlement. Il se peut que cela n’ait pas été examiné par le Parlement en ce qui a trait aux objectifs des lois en question. En fait, le Parlement est tenu à l’écart de l’équation.

En 2007, des témoins du ministère de la Justice ont reconnu devant le comité que l’objectif de ce nouveau libellé était de permettre au gouvernement de conserver la capacité de défendre plus tard qu’une contravention particulière, qui n’a pas été repérée au moment de l’examen d’un projet de loi par le Parlement, est justifiée.

As NTI stated to this committee in 2007, this approach confuses the Justice Department's intentions and preferences with those of Parliament. The fact remains that the Department of Justice does not favour non-derogation clauses. Rather, they want to have a free hand to later be able to interpret new laws as having infringed Aboriginal rights all along. This is the case even where the department has not given Parliament prior notice of that possibility when the law was being considered.

Since 2007, and despite this committee's final report, *Taking Section 35 Rights Seriously*, matters have become worse. Five years later, the government's commitment to carefully consider and consult with Aboriginal peoples respecting the final report remains unfulfilled.

In an emboldened fashion, the most recent version of what the government says is a non-derogation clause is, in reality, a derogation clause. Bill S-8, the Safe Drinking Water Act purports to expressly authorize the act and regulations to derogate from Aboriginal and treaty rights to the extent necessary to ensure the safety of drinking water. Not only is the description of this section by the government misleading, in terms of infringement it goes much further than the law permits.

Furthermore, regulation making is primarily the responsibility of Department of Justice officials, not Parliament. Unlike statutory proposals that must go through three readings and committee reviews, Parliament has virtually no say with respect to new regulations.

Mr. Chair, when will this end and who will end it, if not Parliament?

Section 35 is a constitutional mechanism. Bill S-207 offers a thoughtful and workable solution to this steadily worsening problem. Incorporation of the original non-derogation language in the Interpretation Act will press the restart button. It will provide that, as a default, where Parliament has not otherwise considered the infringement of Aboriginal and treaty rights, it does not intend an act to be interpreted to infringe.

It will also allow Parliament, in its role as the representative of all Canadians, to consider the possible infringement of Aboriginal rights in particular cases and make a decision as to the desired balance between legislative objectives and Aboriginal rights. It will also require the Department of Justice to bring to Parliament's attention the possibility of infringement where it is a potential issue.

Mr. Chair, at this sensitive time in the reconciliation of Aboriginal peoples and the Crown, and given Canada's colonial history toward Aboriginal peoples, the responsibility of

Comme la NTI l'a dit devant le comité en 2007, cette approche crée de la confusion entre les intentions et les préférences du ministère de la Justice et celles du Parlement. Il n'en demeure pas moins que le ministère de la Justice n'est pas en faveur de dispositions de non-dérogation. Il souhaite plutôt avoir la liberté de pouvoir interpréter plus tard de nouvelles lois comme ayant enfreint constamment les droits ancestraux autochtones. Cela est le cas même si le ministère n'a pas préalablement informé le Parlement de cette possibilité lorsque la loi était à l'examen.

Depuis 2007, et malgré le rapport final du comité, intitulé *Prendre au sérieux les droits confirmés à l'article 35*, les choses se sont aggravées. Cinq ans plus tard, le gouvernement n'a toujours pas rempli son engagement à examiner et à consulter attentivement les peuples autochtones concernant le rapport final.

Ce qui est audacieux, c'est que la dernière version de ce que le gouvernement décrit comme une disposition de non-dérogation est en réalité une disposition de dérogation. Le projet de loi S-8, Loi sur la salubrité de l'eau potable, a pour objectif d'autoriser expressément la loi et les règlements à déroger aux droits ancestraux autochtones et issus de traités dans la mesure nécessaire à assurer la salubrité de l'eau potable. La description de cet article par le gouvernement est non seulement trompeuse, mais elle va encore plus loin que la loi ne le permet pour ce qui est d'enfreindre ces droits.

En outre, l'adoption de règlements relève principalement de la responsabilité des fonctionnaires du ministère de la Justice, et non du Parlement. Contrairement aux projets de règlement qui doivent faire l'objet de trois lectures et examens en comité, le Parlement n'a pratiquement rien à dire sur les nouveaux règlements.

Monsieur le président, quand cela va-t-il prendre fin et qui va y mettre fin, si ce n'est pas le Parlement?

L'article 35 prévoit un mécanisme constitutionnel. Le projet de loi S-207 propose une solution réfléchie et viable à ce problème qui s'aggrave. L'incorporation du libellé initial concernant la non-dérogation dans la loi d'interprétation permettra de repartir à neuf. Ce libellé prévoira que, par défaut, lorsque le Parlement n'a pas tenu compte de la possibilité d'enfreindre les droits ancestraux autochtones et issus de traités, il n'a pas l'intention d'interpréter une loi comme enfreignant ces droits.

Cela permettra aussi au Parlement dans son rôle de représentant de tous les Canadiens d'envisager la possibilité de contrevenir à des droits ancestraux autochtones dans des cas particuliers et de prendre une décision afin d'établir l'équilibre souhaité entre les objectifs législatifs et les droits ancestraux autochtones. Le projet de loi exigera aussi que le ministère de la Justice attire l'attention du Parlement sur la possibilité d'une violation de ces droits lorsque cela est possible.

Monsieur le président, à ce moment délicat de la réconciliation entre les peuples autochtones et la Couronne, et étant donné le passé colonial du Canada envers les peuples autochtones, la

Parliament to safeguard the rights and interests of Aboriginal peoples is particularly important. NTI urges the committee to recommend the adoption of Bill S-207 to the Senate.

Thank you so much.

The Chair: Thank you. We will begin our questioning with the deputy chair of the committee, Senator Fraser.

Senator Fraser: I have a couple of questions. One concerns the government's response to our committee report in 2007, where they said they would carefully consider what we suggested and would consult with Aboriginal peoples. As I understand your presentation, there has been no such consultation.

Ms. Towtongie: I am sorry to say there has been no consultation. I think the Government of Canada has to take into consideration the Inuit lifestyle, in particular with regard to conservation and the environment. There is a mechanism in place. You must realize as committee members that Nunavut is the Arctic and it is fairly new to legislation. We need some movement on this issue.

I will turn it over to Ms. Pelly.

Laurie Pelly, Legal Counsel, Nunavut Tunngavik Inc.: That is correct; I am not aware of any consultation with Nunavut Tunngavik on that non-derogation report.

Senator Fraser: If they have not consulted you, possibly they have not consulted other people, either. It has been more than five years now.

Second, I share your concern about the recent tendency to allow derogation not only in law but also in regulations. We are talking constitutional rights here, and simply to give the regulatory powers the authority to derogate from constitutional rights strikes me as being worrisome. Are you aware of any regulations that have in fact been passed that in your view derogate from section 35?

Ms. Towtongie: Yes, there are. As you realize, section 35 rights are not absolute.

Senator Fraser: No.

Ms. Towtongie: A properly constructed non-derogation clause is useful as an interpretive tool. It relays to Parliament that Parliament does not intend to infringe Aboriginal rights. However, it is entitled to do so in certain circumstances in adopting the legislation.

On the legislation, I will turn that over to Ms. Pelly.

Ms. Pelly: There are regulations on the books certainly which are not consistent with Inuit rights under the Nunavut Land Claims Agreement. The Nunavut Land Claims Agreement, as you

responsabilité du Parlement de présenter les droits et les intérêts des peuples autochtones est particulièrement importante. La NTI exhorte le comité à recommander l'adoption du projet de loi S-207 au Sénat.

Merci beaucoup.

Le président : Merci. Nous allons commencer nos questions avec la vice-présidente du comité, la sénatrice Fraser.

La sénatrice Fraser : J'ai quelques questions. L'une d'entre elles concerne la réaction du gouvernement au rapport de 2007 présenté par le comité, lorsque le gouvernement a dit qu'il examinerait attentivement ce que nous avons proposé et qu'il consulterait les peuples autochtones. D'après ce que j'ai pu comprendre dans votre déclaration, aucune consultation n'a eu lieu

Mme Towtongie : J'ai le regret de vous informer qu'il n'y a eu aucune consultation. Je pense que le gouvernement du Canada doit tenir compte du mode de vie inuit, plus particulièrement en ce qui a trait à la conservation et à l'environnement. Il y a un mécanisme en place. En tant que membres du comité, vous devez être conscients du fait que le Nunavut est dans la région arctique et que celui-ci ne fait l'objet de lois que depuis récemment. Il nous faut davantage d'action dans ce domaine.

Je vais céder la parole à Mme Pelly.

Mme Laurie Pelly, conseillère juridique, Nunavut Tunngavik Inc. : C'est exact; je ne suis au fait d'aucune consultation de la Nunavut Tunngavik concernant ce rapport sur les dispositions de non-dérogation.

La sénatrice Fraser : S'ils ne vous ont pas consultés, il y en a probablement d'autres qui n'ont pas été non plus consultés. Cela fait plus de cinq ans maintenant.

Deuxièmement, je partage votre préoccupation concernant cette tendance récente de permettre des dérogations non seulement dans les lois mais aussi dans les règlements. Là, nous parlons de droits constitutionnels, et le simple fait de donner aux autorités réglementaires le pouvoir de déroger à des droits constitutionnels me choque et me préoccupe. Connaissez-vous des règlements qui ont été adoptés et qui selon vous dérogent à l'article 35?

Mme Towtongie : Oui, c'est le cas. Comme vous le savez, les droits prévus à l'article 35 ne sont pas absolus.

La sénatrice Fraser : Non.

Mme Towtongie : Une disposition de non-dérogation bien construite est un outil d'interprétation utile. Cela indique au Parlement que celui-ci n'a pas l'intention d'enfreindre les droits ancestraux autochtones. Cependant, il a le droit de le faire dans certaines circonstances, lorsqu'il adopte des lois.

Pour ce qui est des lois, je vais céder la parole à Mme Pelly.

Mme Pelly : Il est certain qu'il existe des règlements qui ne sont pas cohérents avec les droits des Inuits en vertu de l'Accord des revendications territoriales du Nunavut. Cet accord, comme vous

know, has been in effect since 1993, and there has been adequate opportunity for the government to change those regulations to bring them in line with the Nunavut Land Claims Agreement. In many cases, it has not done so — perhaps most cases. There are some cases in which government is working with NTI to change pre-existing regulations to comply, but I would say certainly that there are regulations on the book which derogate from Inuit rights.

Senator Fraser: Thank you, very much.

Senator Jaffer: First, I want to thank Senator Watt. He has single-handedly kept this issue in front of the Senate for many, many years and has worked very hard to that end. I have watched him with admiration regarding how he has kept this issue in front of us. He deserves a lot of credit for this work.

I am very concerned about the statement you made on page 5 about the Justice Department's intentions and preferences. This is a great concern to me when I hear from you who know this issue very well that you feel that the Justice Department does not favour non-derogation clauses. I would appreciate it if you could expand on page 5, the second paragraph. Is there anything specific that has happened that gives you this impression? Why are you saying that? I am sure you have a reason, but I would like you to expand on that.

Ms. Pelly: I think it is evident from the testimony of the Justice Department before this committee as recently as yesterday that the Justice Department does not favour the non-derogation clause and, in effect, has used rather inflammatory language to describe the non-derogation clause, calling it dangerous and risky. It tends to suggest that what is really a very simple clause that is an interpretive tool for the courts is, somehow, a powerful instrument that will bring the rights of non-Aboriginal Canadians into threat or risk. In my view, that is a drastic overstatement.

Both the original non-derogation clause and the one contained in Senator Watt's bill are very rational. As was mentioned yesterday by some of the senators, it will promote a reasoned analysis by Parliament and an opportunity to consider whether Aboriginal rights, which are existing and proven by Aboriginal people, are threatened or whether they wish to infringe on those rights, which is their right to do, as we know under *Sparrow*. To suggest that they are dangerous, risky things is an overstatement and reveals the views of the Justice Department.

Senator Jaffer: My other question was that the non-derogation clause proposed by the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs' report — *Taking Section 35 Rights Seriously: Non-derogation Clauses relating to Aboriginal and*

le savez, est en vigueur depuis 1993, et le gouvernement a largement eu l'occasion de modifier ces règlements pour les harmoniser avec l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut. Dans bien des cas, probablement la plupart, cela n'a pas été fait. Dans certains cas, le gouvernement collabore avec la NTI pour modifier des règlements existants afin que ceux-ci soient conformes à l'accord, mais je dirais qu'il est certain que des règlements dérogent aux droits des Inuits.

La sénatrice Fraser : Merci beaucoup.

La sénatrice Jaffer : Tout d'abord, je tiens à remercier le sénateur Watt. Il a été le seul à insister sur cette question auprès du Sénat pendant de nombreuses années et il a travaillé fort à cette fin. C'est avec beaucoup d'admiration que je l'ai vu s'efforcer d'attirer notre attention sur cette question. Il mérite donc que l'on reconnaisse son travail.

Je suis très préoccupée par ce que vous avez dit en page 5 concernant les intentions et les préférences du ministère de la Justice. Cela me préoccupe beaucoup, lorsque j'entends de vous, qui connaissez très bien cette question, que vous avez l'impression que le ministère de la Justice n'est pas en faveur des dispositions de non-dérogation. J'apprécierais si vous pouviez expliquer davantage vos propos en page 5, au deuxième paragraphe. Y a-t-il des éléments précis qui vous portent à avoir cette impression? Sur quoi vous fondez-vous pour dire cela? Je suis certaine que vous avez une raison, j'aimerais que vous en parliez davantage.

Mme Pelly : Je pense qu'il est évident, à la lumière du témoignage que le ministère de la Justice a livré au comité hier, que le ministère n'est pas en faveur des dispositions de non-dérogation et il a, dans les faits, tenu des propos quelque peu incendiaires pour décrire les dispositions de non-dérogation, en les qualifiant de dangereuses et risquées. Cela nous laisse croire que ce qui est en réalité une disposition très simple qui sert d'outil d'interprétation pour les tribunaux est, en quelque sorte, un outil puissant qui risque de menacer les droits des non-Autochtones. À mon avis, il s'agit d'une exagération grossière.

La disposition de non-dérogation initiale ainsi que celle que prévoit le projet de loi du sénateur Watt sont très rationnelles. Comme cela a été mentionné hier par certains sénateurs, cela favorisera une analyse raisonnée de la part du Parlement et donnera l'occasion d'examiner si les droits ancestraux autochtones dont l'existence est prouvée par les peuples autochtones, sont menacés ou si le Parlement souhaite enfreindre ces droits, ce qui, comme nous le savons, lui est permis en vertu de l'arrêt *Sparrow*. Il est exagéré de dire qu'il s'agit de dispositions dangereuses et risquées et cela témoigne de l'opinion du ministère de la Justice à leur sujet.

La sénatrice Jaffer : Mon autre question a trait au fait que la disposition de non-dérogation proposée par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles dans son rapport intitulé *Prendre au sérieux les droits confirmés à*

treaty rights — differs a bit from the English version of the clause proposed in Bill S-207. In your opinion, Ms. Pelly, are there any material differences between the two versions?

Ms. Pelly: The version that is contained in Senator Watt's bill is a version that of course was the original non-derogation language and is good language. It is perfectly acceptable. As stated, NTI supports Bill S-207 and the language therein. In fact, it may be a wise decision to include that sort of language in the amendment because the language is familiar to Parliament and is contained in a number of previous acts.

The language that was in the standing committee's report is a positive statement for protection of Aboriginal rights. I think in comparing them, NTI would say that statement is preferable and appropriate, and I do not think in any way goes too far. It is fully justified by Parliament's duty to protect Aboriginal people and their existing rights, which are already constitutionally protected.

There is a difference in terms of it being a positive statement. In terms of legal effect, I would not think it is a huge difference because it is an interpretation of the intention to respect Aboriginal rights.

Senator Jaffer: You prefer the one that is in Bill S-207?

Ms. Pelly: Given our druthers, would take the one in the final committee report, but I think Bill S-207 is a good non-derogation clause. We support it. It is perfectly adequate and we support the bill.

Senator White: My question relates to consultation with groups specifically on this legislation and whether or not Inuvialuit, Labrador Inuit and other Inuit organizations outside of Nunavut have also been consulted about this and whether or not they would have the same sense of support for this legislation. I do not expect you to speak on their behalf, but I am sure you have had discussions at some point.

Ms. Towtongie: First there is a new law called the Safe Drinking Water for First Nations Act. The campaign has come full circle regarding the constitutional and legal status of Aboriginal and treaty rights, and it affects all of us. For the first time, that law would contradict promises made to Aboriginal peoples and their treaties and the primary interpretation of these treaties.

Many Aboriginal Peoples are desperate for improved water supply after the case of federal underfunding.

l'article 35 : disposition de non-dérogation visant les droits ancestraux et issus de traités diffère quelque peu de la version anglaise de la disposition proposée dans le projet de loi S-207. À votre avis, madame Pelly, y a-t-il des différences significatives entre ces deux versions?

Mme Pelly : La version contenue dans le projet de loi du sénateur Watt reprend le libellé de la disposition de non-dérogation initiale et est bien formulée. Elle est tout à fait acceptable. Comme nous l'avons indiqué, la NTI appuie le projet de loi S-207 ainsi que son libellé. En fait, il pourrait être sage d'inclure ce genre de libellé dans l'amendement car c'est un libellé que le Parlement connaît bien et que l'on retrouve dans un certain nombre de lois qui ont été adoptées précédemment.

Le libellé proposé dans le rapport du comité permanent est un énoncé positif qui assure la protection des droits autochtones. Je pense que pour ce qui est de leur comparaison, la NTI dirait que cet énoncé est préférable et adéquat, et je ne pense pas qu'il aille trop loin de quelque manière que ce soit. Les devoirs du Parlement justifient tout à fait le fait de protéger les peuples autochtones ainsi que leurs droits existants, qui sont déjà protégés par la Constitution.

Il y a une différence pour ce qui est de l'aspect positif de l'énoncé. Pour ce qui est de leur effet d'un point de vue juridique, je ne pense pas qu'il s'agit d'une énorme différence car c'est une interprétation de l'intention de respecter les droits autochtones.

La sénatrice Jaffer : Vous préférez le libellé dans le projet de loi S-207?

Mme Pelly : S'il n'en tenait qu'à nous, nous emprunterions le libellé du rapport final du comité, mais je pense que le projet de loi S-207 contient une bonne disposition de non-dérogation. Nous l'appuyons. Elle est tout à fait adéquate et nous appuyons le projet de loi.

Le sénateur White : Ma question a trait à la consultation de différents groupes précisément dans le cadre du projet de loi et vise à savoir si les Inuvialuits, les Inuits du Labrador et d'autres organisations inuites à l'extérieur du Nunavut ont aussi été consultés à ce sujet et s'ils seraient susceptibles d'appuyer le projet de loi comme vous le faites. Je ne m'attends pas à ce que vous parliez en leur nom, mais je suis certain que vous avez discuté de cela à un moment donné.

Mme Towtongie : Tout d'abord, il y a la nouvelle loi sur la salubrité de l'eau potable des Premières nations. La campagne a permis d'examiner de façon complète le statut constitutionnel et juridique des droits ancestraux autochtones ou issus de traités, et cela touche chacun de nous. Pour la première fois, cette loi est venue contredire des promesses faites aux peuples autochtones ainsi que leurs traités et l'interprétation initiale de ces traités.

De nombreux Autochtones cherchent désespérément à améliorer la qualité de leur approvisionnement en eau en raison du sous-financement du gouvernement fédéral.

In a cruel feature of the new law, the eligibility for future federal funding support for improved water services would be tied to a willingness to live under the new derogation regime created by the proposed law. The new law, the Safe Drinking Water for First Nations Act, has been developed without the required consultation with those affected. That is the issue.

Ms. Pelly: With respect to Bill S-207, I am not aware and NTI has not spoken to the Inuvialuit and Makivik on that. I would leave that to Senator Watt and others to describe their position; I really could not speak to it.

Senator McIntyre: Thank you for your presentation. I note that non-derogation clauses apply to Manitoba, Nunavut and Saskatchewan interpretation acts. I also note that the Nunavut and Saskatchewan non-derogation clauses are similar as opposed to the Manitoba non-derogation clause, which is slightly different.

I further note that the language used in Bill S-207 is slightly different from the language used in the Manitoba, Nunavut and Saskatchewan non-derogation clauses.

What impact, if any, will Bill S-207 have on Manitoba, Saskatchewan and Nunavut?

Ms. Pelly: As I understand it — and I am not an expert on the Manitoba and Saskatchewan non-derogation clauses — that would be applicable to their provincial legislation, whereas Bill S-207 relates specifically to federal legislation. I do not expect that that Bill S-207 would have an impact on those bills.

Senator McIntyre: Would Bill S-207, if it becomes law, cause confusion in any of those provinces or territory?

Ms. Pelly: I do not believe so. As I understand it, the Manitoba and Saskatchewan non-derogation clauses are similar.

Senator McIntyre: Saskatchewan and Nunavut are similar.

Ms. Pelly: I actually have not examined those clauses personally. I am relying on the testimony previously in evidence and the *Taking Section 35 Rights Seriously* report. It is my understanding that those non-derogation provisions are similar to what is in the final report of the standing committee. They are clearing non-derogation clauses and there has not been any difficulty with respect to their representation. I do not see how the plain and clear language in Bill S-207 would engender any confusion.

Ms. Towtongie: You are right. The interpretation act approach has been employed by Manitoba and Saskatchewan. To date, these provinces have not experienced any practical problems. It has been a practical solution.

En vertu d'une caractéristique cruelle de la nouvelle loi, l'admissibilité à du financement futur de la part du gouvernement fédéral pour améliorer l'approvisionnement en eau serait liée à la volonté de vivre en vertu du nouveau régime de dérogation créé par la loi proposée. Cette nouvelle loi, la Loi sur la salubrité de l'eau potable des Premières nations, a été élaborée sans consultation des parties concernées. C'est là le problème.

Mme Pelly : En ce qui a trait au projet de loi S-207, à ma connaissance, la NTI n'a pas communiqué avec les Inuvialuits et Makiviks à ce sujet. Je laisserais au sénateur Watt et à d'autres le soin de décrire leur position; je ne peux vraiment pas m'exprimer là-dessus.

Le sénateur McIntyre : Merci de votre exposé. J'ai remarqué que les dispositions de non-dérogation s'appliquent aux lois d'interprétation du Manitoba, du Nunavut et de la Saskatchewan. J'ai aussi remarqué que les dispositions de non-dérogation du Nunavut et de la Saskatchewan se distinguent de la disposition de non-dérogation du Manitoba, qui est quelque peu différente.

J'ai aussi remarqué que le libellé du projet de loi S-207 diffère quelque peu de celui des dispositions de non-dérogation du Manitoba, du Nunavut et de la Saskatchewan.

Quelles répercussions, s'il y en a, le projet de loi S-207 aura-t-il sur le Manitoba, la Saskatchewan et le Nunavut?

Mme Pelly : D'après ce que je comprends — et je ne suis pas experte en matière de dispositions de non-dérogation du Manitoba et de la Saskatchewan —, cela s'appliquerait à leur loi provinciale, alors que le projet de loi S-207 vise précisément la loi fédérale. Je ne m'attends pas à ce que le projet de loi S-207 ait des répercussions sur ces projets de loi.

Le sénateur McIntyre : S'il était adopté, le projet de loi S-207 créerait-il de la confusion dans ces provinces ou territoires?

Mme Pelly : Je ne crois pas. D'après ce que je comprends, les dispositions de non-dérogation du Manitoba et de la Saskatchewan sont similaires.

Le sénateur McIntyre : Celles de la Saskatchewan et du Nunavut sont similaires.

Mme Pelly : En fait, je n'ai pas examiné ces dispositions moi-même. Je me fie au témoignage précédent ainsi qu'au rapport intitulé *Prendre les droits prévus à l'article 35 au sérieux*. J'ai cru comprendre que ces dispositions de non-dérogation sont similaires à ce que renferme le rapport final du comité permanent. Ils font bien comprendre les dispositions de non-dérogation et il n'y a eu aucune difficulté en ce qui a trait à leur représentation. Je ne vois pas en quoi le libellé simple et clair du projet de loi S-207 pourrait créer de la confusion.

Mme Towtongie : Vous avez raison. L'approche de la loi d'interprétation a été utilisée par le Manitoba et la Saskatchewan. À ce jour, ces provinces n'ont pas connu de problèmes d'ordre pratique. C'est une solution qui s'est avérée pratique.

Senator McIntyre: I understand that, but if Bill S-207 becomes law, would it cause confusion?

Ms. Towtongie: I do not think so. Bill S-207 is a default provision. It interprets legislation where there is no expressed parliamentary intention. In any given piece of legislation, if the Department of Justice believes that there is a possibility of the bill affecting Aboriginal and treaty rights, it would bring that to the attention of Parliament. Parliament can decide how it wishes to handle that particular issue in the bill. It is a default provision.

The Chair: As a supplementary question, courts operate on the assumption that every clause in an act was put there for a purpose. I think that courts seek to give it effect. On that basis, as a follow up to Senator McIntyre's question, is there not the possibility that Bill S-207 could end up being interpreted in a way that goes beyond section 35? Do you not see that as a possibility?

Ms. Pelly: I do not see anything in Bill S-207 that could in any way be interpreted to go beyond section 35. It is simply stating Parliament's intention not to take away or derogate from any existing Aboriginal or treaty rights. It is not clear to me how that could in any way interfere.

The Chair: As I said, the courts tend to believe it is put there for a purpose and then seek to give it effect. That is the concern.

Ms. Pelly: Perhaps I did not understand your question. What specific language are you concerned about?

The Chair: I am concerned about the interpretations of the courts. That is the issue. You are the legal counsel and I am asking you if you see that as a possibility.

Ms. Pelly: I do not see any part of Bill S-207 that the court could not give instruction to that would cause the court concern.

Senator Joyal: If you read the proceedings of our committee yesterday, you will note that I quoted from a letter from the Minister of Justice in July 24, 2008. It was in relation to the report of this committee regarding the non-derogation clause, especially the comment made by the minister in reference to Recommendation 1, which is essentially the substance of Bill S-207.

I want to quote from the minister's letter again in relation to the consultations that were supposed to take place following the report, especially Recommendations 1 and 2 that are at stake in Bill S-207:

We will also want to canvass the views of Aboriginal groups with respect to these proposals, and the Report as a whole, before considering any endorsement or implementation of recommendations 1-2.

Le sénateur McIntyre : Je comprends cela, mais si le projet de loi S-207 devait être adopté, est-ce que cela entraînerait de la confusion?

Mme Towtongie : Je ne crois pas. Le projet de loi S-207 est une disposition par défaut. Il permettra d'interpréter la loi lorsque l'intention du Parlement n'est pas exprimée. Dans toute loi, si le ministère de la Justice est d'avis qu'il est possible que le projet de loi touche les droits ancestraux autochtones ou issus de traités, c'est quelque chose qu'il portera à l'attention du Parlement. Le Parlement peut décider de la façon dont il souhaite s'occuper de cette question précise dans le projet de loi. C'est une disposition par défaut.

Le président : À titre de question supplémentaire, les tribunaux partent du principe que chaque disposition dans une loi a été mise là pour une raison particulière. Je pense que les tribunaux cherchent à les appliquer. Ainsi, pour faire suite à la question du sénateur McIntyre, n'y a-t-il pas la possibilité que le projet de loi S-207 soit interprété d'une façon qui dépasse l'article 35? N'entrevoyez-vous pas cette possibilité?

Mme Pelly : Je ne vois rien dans le projet de loi S-207 qui pourrait être interprété comme allant au-delà de l'article 35. Il ne fait qu'indiquer l'intention du Parlement de ne pas abroger quelque droit autochtone ancestral ou issu de traité que ce soit ou d'y déroger. Je ne vois pas vraiment en quoi cela pourrait avoir une influence négative.

Le président : Comme je l'ai dit, les tribunaux tendent à penser que c'est là pour une raison et cherchent donc à l'appliquer. C'est là la préoccupation.

Mme Pelly : Peut-être que j'ai mal compris votre question. Quel libellé précis vous préoccupe?

Le président : Ce qui me préoccupe, c'est l'interprétation des tribunaux. C'est là la question. Vous êtes conseillère juridique et je vous demande si vous entrevoyez cette possibilité.

Mme Pelly : Je ne vois pas d'élément du projet de loi S-207 susceptible de ne pas faire l'objet d'une instruction d'un tribunal ou de susciter des préoccupations à celui-ci.

Le sénateur Joyal : Si vous lisez le procès-verbal du comité d'hier, vous remarquerez que j'y ai cité une lettre du ministre de la Justice datée du 24 juillet 2008. Cela avait trait au rapport du comité concernant la disposition de non-dérogation, et plus particulièrement à l'observation faite par le ministre par rapport à la recommandation 1, qui est essentiellement le contenu du projet de loi S-207.

J'aimerais citer une fois encore la lettre du ministre en ce qui a trait aux consultations qui devaient avoir lieu à la suite du rapport, plus particulièrement les recommandations 1 et 2 qui sont en jeu dans le projet de loi S-207 :

Il nous faudra aussi obtenir un aperçu de l'opinion des groupes autochtones en ce qui a trait à ces propositions, et au rapport dans son ensemble, avant d'envisager d'appuyer ou de mettre en œuvre les recommandations 1 et 2.

To your knowledge, did that consultation take place with your organization or with other Aboriginal organizations that you would be aware of in the last five years? This letter is dated, as I mentioned, July 2008. It was the intention of the Department of Justice, or at least of the Minister of Justice at the time, to canvass the views of Aboriginal groups with respect to the endorsement of Recommendation No. 1, which was essentially related to the entrenchment of an Aboriginal non-derogation clause into legislation.

Ms. Towtongie: We have not been consulted. We were never requested for consultation. That is just to make them appear as if they had consulted with us. Unfortunately, as President of NTI, we have not been consulted.

Senator Joyal: Are you aware if other Aboriginal groups might have been consulted?

Ms. Towtongie: No, not to my knowledge. I am the co-chair of the Land Claims Agreements Coalition across Canada with modern-day treaty agreements, 29 of us who have signed agreements with the Government of Canada. We were not consulted.

Senator Joyal: The other thing that puzzles me is in relation to consultation. You gave us the example of Bill S-8, the Safe Drinking Water Act. You, of course, point out the derogation clause which, in fact, is not a non-derogation clause, as you said: it is a derogation clause. It is a free hand to derogate, the way I read it. Were you consulted by the government before the legislation was drafted with that derogation clause?

Ms. Towtongie: Unfortunately, no, even though the 2007 United Nations declaration says “free, prior and informed consent,” which is a test. We were not consulted on the Safe Drinking Water Act. We were never informed of the bill prior to the writing of it, or in the middle of it. It just appeared at the last moment, and then our staff caught it.

Ms. Pelly: I would concur: We have not been consulted on Bill S-8.

Senator Joyal: Were you consulted in the past for other legislation where there are derogation clauses of that type?

Ms. Pelly: No, we have not been. In the Nunavut Waters and Nunavut Surface Rights Tribunal Act, which was the bill we first reviewed and discovered the new language that provided protection, we were working with the Government of Canada and Justice Department on that legislation. It is legislation to specifically implement the Nunavut Land Claims Agreement, and that provision was not drawn to our attention. We happened to notice it in reviewing the bill in the later stages.

À votre connaissance, cette consultation a-t-elle eu lieu auprès de votre organisation ou d'autres organisations autochtones au cours des cinq dernières années? Comme je l'ai indiqué, cette lettre est datée de juillet 2008. Le ministère de la Justice ou du moins le ministre de la Justice de l'époque avait l'intention de recueillir l'opinion des groupes autochtones en ce qui a trait à l'appui de la recommandation n° 1, qui avait essentiellement trait à l'enchéassement d'une disposition de non-dérogation autochtone dans la loi.

Mme Towtongie : Nous n'avons pas été consultés. On ne nous a jamais demandé de participer à une consultation. Ils veulent juste donner l'impression qu'ils nous ont consultés. Malheureusement, en tant que présidente de la NTI, je vous affirme que nous n'avons pas été consultés.

Le sénateur Joyal : Savez-vous si d'autres groupes autochtones ont été consultés?

Mme Towtongie : Non, pas à ce que je sache. Je suis la coprésidente de la Coalition pour les ententes sur les revendications territoriales du Canada, qui s'occupe des accords issus de traités modernes, et qui regroupe 29 membres qui ont conclu des accords avec le gouvernement du Canada. Nous n'avons pas été consultés.

Le sénateur Joyal : L'autre élément qui me trouble a trait à la consultation. Vous nous avez donné l'exemple du projet de loi S-8, la Loi sur la salubrité de l'eau potable. Bien évidemment, vous avez souligné le fait que cette disposition de dérogation n'est pas en fait une disposition de non-dérogation. Comme vous l'avez dit, il s'agit d'une disposition de dérogation. Selon ce que j'ai compris, elle donne la liberté de déroger à des droits. Avez-vous été consultés par le gouvernement avant que la loi soit rédigée en incluant cette disposition de dérogation?

Mme Towtongie : Malheureusement, non, même si la déclaration de 2007 des Nations Unies parle du principe décisif de « consentement préalable accordé librement en pleine connaissance de cause ». Nous n'avons pas été consultés sur le projet de loi sur la salubrité de l'eau potable. Nous n'avons jamais été informés du projet de loi avant qu'il soit rédigé, ou pendant le processus. Nous n'en avons été informés qu'au dernier moment, lorsque nous en avons pris connaissance.

Mme Pelly : Je suis d'accord : Nous n'avons pas été consultés sur le projet de loi S-8.

Le sénateur Joyal : Avez-vous été consultés par le passé pour d'autres projets de loi où il y a des dispositions de dérogation de ce type?

Mme Pelly : Non, ce n'est pas le cas. Dans le cadre de la Loi sur les eaux du Nunavut et le Tribunal des droits de surface du Nunavut, qui est le premier projet de loi que nous ayons examiné et dans lequel nous avons découvert un nouveau libellé qui prévoyait des protections, nous avons collaboré avec le gouvernement du Canada et le ministère de la Justice à l'élaboration de ce projet de loi. Il s'agit d'une mesure législative visant la mise en œuvre de l'Accord sur les

Senator Joyal: In other words, from your own experience and standpoint, you have never been consulted on the basis of the *Sparrow* case. In other words, prior to the inclusion of a derogation clause into legislation that affected your rights or your status, you have never been consulted on the basis of the *Sparrow* principles such as minimum infringement, an alternative approach that could be taken, the compensation and the justification generally.

Ms. Pelly: That is correct, senator. We are not aware of any process by which the Justice Department or other government officials conduct that sort of exercise and bring to the attention of Aboriginal peoples specifically, or generally, provisions in legislation that may infringe their rights. We are not aware that that happens at all.

Senator Joyal: In other words, the Justice Department, or any department involved in legislation, would put that derogation clause in legislation, but you would never be made aware of it before, and if it lapsed, to your knowledge, you are stuck with legislation that contains a general derogation clause like in Bill S-8.

Ms. Pelly: That is correct. We are in fact stuck with many of the so-called weak, confusing non-derogation clauses that have been brought to the committee's attention in the past. We are aware that there has been testimony from the Justice Department that they had certain Aboriginal groups inside in the Safe Drinking Water Act. I cannot really comment on what consultation they did with certain specific groups in order to obtain their agreement to that language.

Senator Joyal: Let me put it in more general terms. No body is between the Justice Department and you whereby the Justice Department would go to that body to inform Aboriginal peoples that they are contemplating legislation that will or might affect Aboriginal rights.

Ms. Pelly: That is correct. Such a body would be really useful, as was brought to the attention of the committee, to address issues where government may perceive itself to have a conflict or to be addressing competing interests, to have a group or body that would look specifically at whether Aboriginal and treaty rights are being affected by legislation would be extremely helpful.

Senator Joyal: That kind of "solution" does not exist in the present system of the Justice Department or other departments that affect your rights.

Ms. Pelly: That is correct, to my knowledge.

revendications territoriales du Nunavut. Et cette disposition n'a pas été portée à notre attention. Nous avons remarqué ce libellé par hasard au cours des dernières phases de l'examen du projet de loi.

Le sénateur Joyal : Autrement dit, à votre avis et d'après votre expérience, vous n'avez jamais été consultés en fonction de l'arrêt *Sparrow*. Cela signifie que vous n'avez jamais été consultés en fonction des principes de cet arrêt, par exemple le principe de l'atteinte minimale, des autres approches qui pourraient être adoptées, de l'indemnisation et de la justification, avant que soit incluse dans une loi une disposition de dérogation qui influait sur vos droits ou votre statut.

Mme Pelly : C'est exact, sénateur. Nous ne connaissons aucun mécanisme par lequel le ministère de la Justice ou d'autres fonctionnaires du gouvernement tiennent de telles consultations et signalent aux peuples autochtones de façon générale ou particulière les dispositions des lois qui pourraient enfreindre leurs droits. Nous ne sommes pas au courant que cela se fasse de quelque façon que ce soit.

Le sénateur Joyal : Autrement dit, le ministère de la Justice ou tout autre ministère qui participe à la rédaction d'une mesure législative peut inclure une disposition de dérogation dans une mesure législative à votre insu, et si cette disposition devient caduque, vous demeurez assujettis à une loi qui contient une disposition de dérogation générale, comme celle du projet de loi S-8.

Mme Pelly : C'est exact. En fait, nous sommes encore assujettis à l'application de bon nombre de dispositions de non-dérogation faibles et obscures qui ont déjà été signalées à l'attention du comité par le passé. Nous savons que le ministère de la Justice a déclaré dans son témoignage que certains groupes autochtones approuvaient la Loi sur la salubrité de l'eau potable. Je ne peux pas vraiment vous parler des consultations que le ministère pourrait avoir effectuées auprès de certains groupes précis pour obtenir leur adhésion au libellé du projet de loi.

Le sénateur Joyal : Permettez-moi d'exprimer le problème en termes plus généraux. Il n'existe pas d'organe entre le ministère de la Justice et vous par lequel le ministère de la Justice pourrait informer les peuples autochtones qui envisagent d'adopter un projet de loi qui pourrait influencer sur les droits autochtones.

Mme Pelly : C'est exact. Comme on l'a déjà signalé au comité, un tel organe pourrait être très utile pour régler des problèmes lorsque le gouvernement estime être en conflit ou pour régler les problèmes d'intérêts concurrents, car il disposerait ainsi d'un groupe ou d'un organisme qui pourrait vérifier expressément si le projet de loi enfreint les droits autochtones ancestraux ou issus de traités. Ce serait extrêmement utile.

Le sénateur Joyal : Il n'existe pas de telle « solution » à l'heure actuelle au ministère de la Justice ou dans les autres ministères susceptibles d'influer sur vos droits.

Mme Pelly : C'est exact, d'après ce que je sais.

Ms. Towtongie: As a Canadian, I would be disturbed by the technique being adopted into law making because it allows for future erosion of Aboriginal and treaty rights to be carried out through the executive branch of government by way of regulation.

Senator Joyal: Of course, because you add the regulation to that. There is no other consultation mechanism when they draft regulations to implement the objective of legislation. You are stuck in the same position with the regulation that might ensue from the adoption of a statute by Parliament.

Ms. Towtongie: That is true.

Senator Joyal: As you said, the regulations are sometimes more specific than the general objectives of legislation. In fact, it is really there that the impairment of your rights might take place because that is how legislation is implemented. In practical terms, your rights might be affected.

Ms. Towtongie: Regulation writing, as you are aware, is with the Department of Justice officials.

Senator White: Thanks again for being here today. It is appreciated.

I was going through discussion on Bill S-8, the Safe Drinking Water Act. My understanding is that the legislation actually refers specifically to reserves. NTI might not be consulted because there are no reserves in Nunavut anyway.

Ms. Pelly: The Safe Drinking Water Act goes beyond dealing with reserves. However, I think there is a significant question as to whether that act does impact on Nunavut Tunngavik Inc., because it refers specifically to Aboriginal bodies that have jurisdiction over water.

Senator White: Not specifically to on-reserve?

Ms. Pelly: That is correct. By the language of the act, Modern land claim agreement Aboriginal organizations are allowed to opt in.

Senator White: Nunavut could opt in if it chose to.

Ms. Pelly: We would have to look carefully at the definition of Aboriginal bodies having jurisdiction over water, because Nunavut Tunngavik does not.

Senator White: No. The Nunavut government would, but the NTI would not.

Ms. Pelly: And the Nunavut Water Board as well.

Senator Joyal: I am still concerned that we are in a conundrum here. There is no system to resolve the position of the Aboriginal people in relation to a future situation whereby non-derogation clauses or derogation clauses would be proposed in legislation. If you are not made aware, the risk is that that legislation will be adopted without your being made aware of that. Sometimes that

Mme Towtongie : En tant que Canadienne, je trouve troublante la technique adoptée dans l'élaboration des lois, car elle permet l'érosion future des droits autochtones ancestraux ou issus de traités par les règlements que peut prendre l'exécutif du gouvernement.

Le sénateur Joyal : Bien sûr, parce qu'il faut ajouter à cela les règlements. Il n'y a pas d'autres mécanismes de consultation lorsqu'on rédige les règlements pour appliquer l'objectif de la loi. Vous vous retrouvez dans la même situation, qu'il s'agisse de règlements ou de lois adoptées par le Parlement.

Mme Towtongie : C'est vrai.

Le sénateur Joyal : Comme vous l'avez dit, les règlements sont parfois plus détaillés que les objectifs généraux des mesures législatives. En fait, c'est vraiment dans les règlements qu'il peut y avoir des atteintes à vos droits, car c'est grâce aux règlements que les lois sont mises en œuvre. Du point de vue pratique, vos droits peuvent être enfreints.

Mme Towtongie : Comme vous le savez, ce sont les fonctionnaires du ministère de la Justice qui rédigent les règlements.

Le sénateur White : Merci d'être venus témoigner devant nous aujourd'hui. Nous l'apprécions.

J'ai relu les discussions au sujet du projet de loi S-8, la Loi sur la salubrité de l'eau potable. En fait, si j'ai bien compris, cette mesure législative vise expressément les réserves. La NTI risque de ne pas être consultée parce qu'il n'y a pas de réserves au Nunavut.

Mme Pelly : La Loi sur la salubrité de l'eau potable ne s'applique pas seulement aux réserves. Toutefois, il est important de se demander si la Nunavut Tunngavik Inc. est touchée par cette loi, car elle vise expressément les organisations autochtones qui ont compétence en matière d'eau.

Le sénateur White : Pas seulement ceux dans les réserves?

Mme Pelly : C'est exact. De par son libellé, les organisations autochtones signataires des accords modernes de règlement des revendications territoriales sont autorisées à y adhérer.

Le sénateur White : Le Nunavut pourrait donc y adhérer s'il le choisit?

Mme Pelly : Il faudrait étudier attentivement ce qu'on entend par organisation autochtone ayant compétence en matière d'eau, car la Nunavut Tunngavik n'a pas compétence dans ce domaine.

Le sénateur White : Non. Le gouvernement du Nunavut aurait cette compétence, mais pas la NTI.

Mme Pelly : L'Office des eaux du Nunavut a également cette compétence.

Le sénateur Joyal : Je crains que nous ayons là un autre problème. Il n'y a pas de système qui puisse résoudre le problème des Autochtones dans le cas d'une éventualité future de dispositions de dérogation ou de non-dérogation ajoutées à des lois. Si vous n'en êtes pas informés, la loi risque d'être adoptée néanmoins. Il peut s'agir parfois de lois complexes, et l'enjeu

legislation is complex, and the main issue related to that legislation might not be of concern generally to Aboriginal people and they might find themselves stuck with a non-derogation clause of which they were not made aware, and of which parliamentarians were not made aware either.

I am again trying to reflect upon the objective of Bill S-207. In fact, is Bill S-207 not the solution to that situation?

The Justice Department does not seem to really have any interest in canvassing the views of Aboriginal people in respect to the derogation of their rights, either as a matter of principle, as you stated, because they are not interested in those clauses, or in specific legislation whereby it is not a priority or certainly a concern for them to consult you.

Ms. Towtongie: That is true. The administration of government is making these regulations, not the elected members of Parliament, and that is an issue. Ms. Pelly can fill you in on that. The administration is making the regulations and the Parliament has no say on it.

Ms. Pelly: I think you are correct, senator, if you are suggesting that Bill S-207 is a solution or at least a partial solution to this issue because it will require the Justice Department and other officials to bring forward to Parliament situations where it feels that Aboriginal and treaty rights could be affected by legislation. Otherwise, of course, the Interpretation Act would apply. They would have to specifically turn their minds to potential impacts on Aboriginal and treaty rights, and that is really what we are looking for them to do.

The Chair: As there are no further questions of our witnesses, I would like to thank you both for travelling here today. We very much appreciate your contributions to the committee's deliberations.

Honourable senators, we have before us our second panel of witnesses. From the Congress of Aboriginal Peoples is Betty Lavallée, National Chief, and Ron Swain, National Vice-Chief. Appearing before us as an individual is Sébastien Grammond, Dean of the Faculty of Civil Law at the University of Ottawa.

Ms. Lavallée, would you like to begin?

Betty Lavallée, National Chief, Congress of Aboriginal Peoples: *Kwe, bonjour*, hello. Good morning, Senator Runciman and committee members. It is a pleasure to be here on the traditional territory of the Algonquin peoples to speak to you about the non-derogation clause of Aboriginal and treaty rights.

I am the National Chief of the Congress of Aboriginal Peoples. Since 1971, the Congress of Aboriginal Peoples, formerly known as the Native Council of Canada, has represented the interests of off-reserve, status, non-status Indians, southern Inuit and Métis peoples throughout Canada. Today, over 60 per cent of

principal de la mesure législative peut ne pas être associé d'une façon générale aux préoccupations des Autochtones. Mais ils pourraient se retrouver néanmoins assujettis à une disposition de non-dérogation à leur insu, et à l'insu également des parlementaires.

J'essaie de comprendre l'objectif du projet de loi S-207. En fait, ce projet de loi n'est-il pas le remède à ce problème?

Le ministère de la Justice ne semble pas vraiment intéressé à consulter les Autochtones en ce qui a trait à la dérogation à leurs droits, ou bien pour une question de principe, comme vous l'avez dit, parce qu'il ne s'intéresse pas à ces dispositions, ou bien dans des projets de loi particuliers dans lesquels cette question n'est pas une priorité et ne le mène pas à vous consulter.

Mme Towtongie : C'est vrai. C'est l'administration du gouvernement qui fait ces règlements, pas les élus du Parlement. C'est un problème. Mme Pelly peut vous en dire davantage à ce sujet. L'administration fait les règlements et le Parlement n'a pas son mot à dire.

Mme Pelly : Sénateur, vous avez raison de dire que le projet de loi S-207 est une solution au moins partielle à ce problème parce qu'il exige que le ministère de la Justice et d'autres représentants du gouvernement signalent au Parlement les cas dans lesquels les droits autochtones ancestraux ou issus de traités pourraient être touchés par une mesure législative. Sinon, bien sûr, c'est la Loi d'interprétation qui s'appliquera. Ils devront réfléchir expressément aux effets des mesures législatives sur les droits autochtones ancestraux ou issus de traités, et c'est ce que nous voulons en réalité.

Le président : Puisqu'il n'y a pas d'autres questions pour nos témoins, je les remercie toutes les deux d'être venues nous rencontrer aujourd'hui. Nous avons beaucoup apprécié votre contribution aux délibérations du comité.

Honorables sénateurs, nous allons maintenant entendre notre deuxième groupe de témoins. Il s'agit des représentants du Congrès des peuples autochtones, Betty Lavallée, chef nationale, et Ron Swain, vice-chef national. Également, à titre personnel, nous accueillons Sébastien Grammond, doyen de la Faculté de droit civil à l'Université d'Ottawa.

Madame Lavallée, vous voulez bien commencer?

Mme Betty Lavallée, chef nationale, Congrès des peuples autochtones : *Kwe, bonjour, hello*. Bonjour, sénateur Runciman, mesdames et messieurs. C'est un plaisir pour moi de venir sur le territoire traditionnel des Algonquins pour vous parler de la disposition de non-dérogation aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités.

Je suis la chef nationale du Congrès des peuples autochtones. Autrement connu sous le nom de Conseil national des Autochtones du Canada, le Congrès des peuples autochtones représente depuis 1971 les intérêts des Indiens inscrits et non inscrits hors réserve, des Inuits du Sud et des Métis de tout le

Aboriginal peoples now live off-reserve. The congress is also the national voice for its affiliate organizations that advocate on behalf of Aboriginal peoples living off-reserve.

Bill S-207 is legislation that speaks to the heart of our organization. As you are most likely aware, the late Harry Daniels was the President of the Native Council of Canada, later the Congress of Aboriginal Peoples. He was instrumental during the constitutional talks in ensuring Aboriginal and treaty rights were recognized in the Constitution Act, 1982, under section 35. For obvious reasons, we believe it is important to protect Aboriginal and treaty rights and ensure that we are not being tampered with.

In December 2007, the Senate concluded its final report entitled *Taking Section 35 Rights Seriously: Non-derogation Clauses relating to Aboriginal and treaty rights*. The Congress's viewpoints were included in this report, and we continue to support this outlook, which is consistent with the Senate recommendations.

Following the Constitution Act, 1982, in 1986 non-derogation clauses were inserted into federal legislation to prohibit the act in question "to abrogate or derogate from any existing aboriginal or treaty rights of aboriginal peoples of Canada under section 35 of the Constitution Act, 1982." Not every act included this clause. Some acts that directly or indirectly affected Aboriginal interests were overlooked.

Further, between 1998 and 2002, it went unnoticed that the wording of this clause had changed. It was slightly altered from "nothing in this Act shall be construed so as to abrogate or derogate from any existing Aboriginal or treaty rights" to "nothing in this Act shall be construed so as to abrogate or derogate from the protection provided for existing Aboriginal or treaty rights." A legal expert, Jim Aldridge, pointed out in the Senate report that this change in wording ultimately makes this clause ineffective.

We know the reason for slightly altering the wording was due to the Supreme Court of Canada's *Sparrow* decision in 1990. This decision determined that constitutional protection for Aboriginal and treaty rights is not absolute, that in some circumstances new laws could infringe upon Aboriginal and treaty rights.

A non-derogation clause provides a much-needed safeguard for Aboriginal people across Canada. The Royal Commission on Aboriginal Peoples has acknowledged:

The Métis and non-status Indian people, lacking even the protection of the Department of Indian Affairs and Northern Development, are far more exposed to

Canada. À l'heure actuelle, plus de 60 p. 100 des Autochtones vivent à l'extérieur des réserves. Le Congrès est également le porte-parole national de ses organisations affiliées qui défendent les droits des Autochtones qui vivent hors réserve.

Le projet de loi S-207 est une mesure législative qui touche le cœur même de notre organisation. Comme vous le savez sans doute, feu Harry Daniels était président du Conseil national des Autochtones du Canada, qui est devenu le Congrès des peuples autochtones. Durant les débats constitutionnels, il a veillé à ce que les droits autochtones ancestraux ou issus de traités soient reconnus dans la Loi constitutionnelle de 1982, à l'article 35. Évidemment, nous estimons qu'il est important de protéger les droits autochtones ancestraux ou issus de traités et de s'assurer à ce qu'ils ne puissent être modifiés.

En décembre 2007, le Sénat a publié son rapport final intitulé *Prendre au sérieux les droits confirmés à l'article 35 : Disposition de non-dérogation visant les droits ancestraux et issus de traités*. Ce rapport tenait compte des opinions exprimées par le congrès, et nous continuons d'appuyer ce point de vue, qui est conforme aux recommandations du Sénat.

Après l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982, on a décidé en 1986 d'ajouter aux lois fédérales des dispositions de non-dérogation pour que les lois en question « ne portent pas atteintes aux droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones du Canada visés à l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ». Cette disposition ne se trouvait pas dans toutes les lois. On a omis de l'ajouter à certaines lois qui touchent directement ou indirectement les intérêts des Autochtones.

Plus tard, entre 1998 et 2002, le libellé de cette disposition a été modifié sans qu'on le remarque. Il est passé de « la présente loi ne porte pas atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités des peuples autochtones » à « ne porte pas atteinte à la protection des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones ». Un expert du droit, Jim Aldridge, a signalé dans le rapport du Sénat que cette modification au libellé a rendu sans effet cette disposition.

Nous savons que ce libellé a été modifié en raison de l'arrêt *Sparrow* de la Cour suprême, en 1990. Dans cet arrêt, la Cour suprême a jugé que la protection constitutionnelle des droits autochtones ancestraux ou issus de traités n'est pas absolue et que, dans certaines circonstances, de nouvelles lois pouvaient enfreindre les droits autochtones ancestraux ou issus de traités.

Pour les Autochtones des quatre coins du Canada, la disposition de non-dérogation constituait une protection grandement nécessaire. La Commission royale sur les peuples autochtones l'a d'ailleurs reconnu comme suit :

Les Métis et les Indiens non inscrits, qui n'ont même pas la protection du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, sont beaucoup plus exposés à la discrimination et

discrimination and other social disabilities. It is true to say that in the absence of Federal initiative in this field they are the most disadvantaged of all Canadian citizens.

As the chief of a national Aboriginal organization, I can attest that this statement from 1996 still applies today. It is frustrating to see Aboriginal and treaty rights being forgotten. The inclusion of a non-derogation clause in the Interpretation Act would be a step forward for the Government of Canada to not lose sight of its constitutional mandate.

Adversaries may suggest that this process is unnecessary because we already have safeguards in place under the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Specifically, section 25 acts as a shield to protect Aboriginal and treaty rights. However, this is not defined as the Supreme Court of Canada has not provided a definitive interpretation of the relationship between section 25 of the Charter and section 35 of the Constitution Act, 1982. We must not forget that section 35 of the Constitution has not yet been defined.

Another important issue relating to consultation was in the Senate's final report. The committee acknowledged the need for greater consultation and further recommended:

That the Department of Justice develop a process, to include consultation with broadly representative Aboriginal groups, for reviewing federal laws and regulations already in place based on these criteria, and report to Parliament on its findings.

The congress agrees that it would be beneficial to allow for much more enhanced consultation on legislation that has an impact on Aboriginal and treaty rights.

Given the past discrepancies with non-derogation clauses of Aboriginal and treaty rights and the importance of upholding these rights, it is crucial to include a non-derogation clause in the Interpretation Act.

I sincerely hope that my presentation will assist you in clarifying the issues relating to this complex subject matter regarding non-derogation clauses.

The Chair: Thank you very much.

Mr. Grammond?

Sébastien Grammond, Dean, Faculty of Civil Law, University of Ottawa, as an individual: Thank you, Mr. Chair. I will speak in both languages, and I will start in French.

aux autres troubles sociaux. Il est exact d'affirmer que l'absence d'une initiative fédérale dans ce domaine fait en sorte qu'ils sont les plus désavantagés de tous les citoyens canadiens.

En ma qualité de chef d'une organisation autochtone nationale, je peux confirmer que cette affirmation de 1996 s'applique encore aujourd'hui. C'est frustrant de constater qu'on ne tient pas compte des droits autochtones ancestraux ou issus de traités. L'inclusion d'une disposition de non-dérogation dans la Loi d'interprétation constituerait un progrès et permettrait au gouvernement du Canada de ne pas perdre de vue le mandat que lui confère la Constitution.

Ceux qui s'opposent à cette mesure diront peut-être que cette disposition est inutile puisqu'il existe déjà dans la Charte canadienne des droits et libertés d'autres mesures de protection. Plus précisément, l'article 25 peut être invoqué pour protéger les droits autochtones ancestraux ou issus de traités. Cependant, cette protection n'est pas définie, puisque la Cour suprême du Canada n'a pas fourni d'interprétation définitive quant à la relation qui existe entre l'article 25 de la Charte et l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. Il ne faut pas oublier non plus que l'article 35 de la Constitution n'a pas encore été défini.

Le rapport final du Sénat mentionnait une autre question importante au sujet des consultations. Le comité y a reconnu la nécessité de tenir davantage de consultations et a recommandé ce qui suit :

Le comité recommande que le ministère de la Justice élabore un processus, comprenant des consultations avec des groupes autochtones largement représentatifs, afin d'examiner les lois et règlements fédéraux déjà en place à la lumière de ces critères et qu'il rende compte des résultats de cet examen au Parlement.

Le congrès reconnaît qu'il serait avantageux de permettre des consultations accrues relativement aux mesures législatives qui peuvent influencer sur les droits autochtones ancestraux ou issus de traités.

Compte tenu des écarts commis antérieurement à l'égard des dispositions de non-dérogation aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités et vu l'importance de protéger ces droits, il est essentiel d'inclure dans la Loi d'interprétation une disposition de non-dérogation.

J'espère sincèrement que mon témoignage vous aidera à préciser les enjeux relatifs à ce sujet complexe que sont les dispositions de non-dérogation.

Le président : Merci beaucoup.

Monsieur Grammond?

Sébastien Grammond, doyen, Faculté de droit, Université d'Ottawa, à titre personnel : Merci, monsieur le président. Je vais présenter mon témoignage dans les deux langues officielles, en commençant en français.

[Translation]

I would first like to draw the committee's attention to the French text, which in my opinion is not proper French grammar and is different from the English text. The French text reads "nul texte ne porte pas atteinte." Instead, it should read "nul texte ne porte atteinte." I also think that "nul texte ne porte atteinte" is not an accurate translation of the English version, which reads "No enactment shall be construed."

There is this idea of interpretation in "so as to derogate or to abrogate."

Allow me to quote the French version of the Manitoban act which reads:

Aucune loi et aucun règlement n'ont pour effet de porter atteinte aux droits.

So I think that it is necessary to take a closer look at the French version.

As for my overall assessment of this bill, I would first need to know the intended purpose of the bill. In my opinion, it is not clear. There are two possible objectives. First, one may think that the purpose of the bill is to reinforce an existing safeguard. The fact that the section already refers to section 35 of the Constitution leads us to believe that there is indeed reference to an existing safeguard. If that is the case, the provision may be redundant. Moreover, similar provisions in federal legislation that has been adopted over the last 20 years or so, as well as similar provisions in the Interpretation Act in Manitoba and in Saskatchewan, have never been enforced by the courts. This leads me to believe that it is not a major instrument in protecting aboriginal peoples' rights.

A second possibility is that the section seeks to ensure an additional protection of aboriginal titles and aboriginal treaty rights. If that is the case, it would be necessary to specify what measures should be taken beyond the protection that is already laid out in the Constitution. In its current form, the text does not clearly explain what measures should be implemented beyond those found in section 35. One may wonder if it would be wise to grant such an additional protection.

The Supreme Court of Canada ruled that the government should, for example, maintain the possibility of making decisions regarding the management of fisheries, fishing quotas and fishing permits. If aboriginal titles benefited from a protection that went beyond that, one may ask if this government authority could be challenged. This authority must be exercised while respecting the obligation to consult and accommodate. I get the impression that the purpose of this bill is to simply state a presumption based on interpretation. It repeats elements that already exist and flow from a principle of constitutional law, which is the presumption of the constitutionality of laws. That is to say that laws are

[Français]

Je veux d'abord attirer l'attention du comité sur le texte français qui, à mon avis, ne respecte pas les règles de la grammaire française et est différent du texte anglais. On dit que « nul texte ne porte pas atteinte ». Ça devrait être : « nul texte ne porte atteinte ». Et je pense aussi que « nul texte ne porte atteinte », ça ne rend pas très bien les nuances de la version anglaise qui dit : « *No enactment shall be construed* ».

Il y a l'idée d'interprétation, « *so as to derogate or to abrogate* ».

Permettez-moi de vous citer la version française de la loi manitobaine qui dit :

Aucune loi et aucun règlement n'ont pour effet de porter atteinte aux droits.

Donc, je crois qu'il y aurait lieu de jeter un œil plus critique sur la version française.

De façon plus générale, quelle est mon appréciation de ce projet de loi? Il faudrait d'abord savoir le but recherché par ce projet de loi. Et à mon avis, ce n'est pas clair. Il peut, on peut imaginer deux objectifs différents : on peut penser que le projet de loi aurait pour but de réitérer une protection qui existe déjà. Et à cet égard le fait que l'article réfère déjà à l'article 35 de la Constitution, ça nous laisse croire qu'on réfère en effet à une protection existante. Mais si c'est le cas, la disposition risque d'être superflue. Et d'ailleurs, les dispositions semblables contenues dans les lois fédérales adoptées depuis une vingtaine d'années ainsi que les dispositions semblables de la Loi d'interprétation au Manitoba et en Saskatchewan n'ont jamais été appliquées par les tribunaux. Donc, ça me laisse croire que ce n'est pas un instrument majeur de protection des droits des peuples autochtones.

Par contre, on peut penser que l'article vise à assurer une protection additionnelle aux droits ancestraux et issus de traités des Autochtones. Si c'est le cas, il faudrait savoir un peu plus précisément ce qu'on cherche à faire au-delà de la protection qui est accordée par la Constitution. Là encore, ce n'est pas clair dans le texte de l'article ce qu'on cherche à mettre en œuvre qui irait au-delà de l'article 35. Et on peut se demander si ce serait sage d'accorder par un tel texte une protection qui irait au-delà.

Je note que la Cour suprême a dit que le gouvernement devait, par exemple, conserver la possibilité de prendre des décisions sur la gestion des pêches, des quotas de pêche, des permis de pêche et si les droits ancestraux avaient une protection qui irait plus loin que ça, on pourrait se demander si ce pouvoir du gouvernement ne pourrait pas être remis en question. C'est un pouvoir qui doit être exercé dans le respect de l'obligation de consulter et accommoder. J'ai l'impression que le projet de loi vise simplement à énoncer une présomption interprétative. Il répète des choses qui existent déjà et qui découlent aussi d'un principe de droit constitutionnel qui est la présomption de constitutionnalité

interpreted in a way that makes them compatible with the Constitution. This is a well-known principle of constitutional law.

I would also like to point out that the wording used in section 8.3 bears some resemblance to section 25 of the Constitution Act, 1982. Moreover, we do not really understand the full scope of section 25. Section 25 seeks to harmonize two elements of constitutional law: rights and freedoms guaranteed by the charter and aboriginal rights. However, in this case, we are not dealing with two elements of constitutional law but rather with legislation as it concerns constitutional rights. This is a different problem.

[English]

In the 2007 report of this committee, it has been said that such a provision would have a pedagogical effect. It would remind civil servants applying federal laws that they have to respect and to comply with the Aboriginal and treaty rights of the indigenous peoples. Probably that is where the real purpose of this bill lies. It is to give directions to those who draft laws and to those who apply the laws to keep in mind the rights of the indigenous peoples.

In my view, the report of the committee contained other suggestions that would be more effective and that deserve your consideration. For example, in its third recommendation, the committee said that the government should ask the Minister of Justice to report on the compatibility between draft bills or legislation and Aboriginal and treaty rights. It also recommended that the Department of Justice undertake a process, within the department, to assess whether draft bills or regulations, or government action more generally, is in compliance with Aboriginal and treaty rights. It would seem to me that processes of this nature are more promising than a presumption in the Interpretation Act that is not, as we can see from close to 20 years of experience, taken into consideration by the court.

I suggest you might want to look at the recommendations made in 2007 by the committee. In fact, I think this would go a long way toward representing the duty to consult that the federal government has with respect to potential infringements of Aboriginal and treaty rights that are protected in the Constitution.

A clearly defined process for the assessment of potential violations is a more promising way than simply introducing a provision in the Interpretation Act.

The Chair: Thank you, sir.

We will begin the questioning with the deputy chair, Senator Fraser.

Senator Fraser: Ms. Lavallée, as has been noted, it is now more than five years since this committee tabled its report on non-derogation clauses, and the government's response to that report

des lois, c'est-à-dire qu'on doit donner aux lois une interprétation qui a pour effet de les rendre compatibles avec la Constitution. C'est un principe bien connu de droit constitutionnel.

Je note aussi que la formulation utilisée dans cet article 8.3 semble être inspirée de l'article 25 de la Loi constitutionnelle de 1982. D'abord, on sait très peu de choses sur la portée précise de l'article 25. Et l'article 25 vise à harmoniser deux ensembles de droit constitutionnel : les droits et libertés garantis par la Charte et les droits des peuples autochtones. Or ici on n'a pas affaire à deux ensembles de droit constitutionnel mais plutôt à la législation par rapport à des droits constitutionnels, c'est un problème différent.

[Traduction]

Dans le rapport publié en 2007 par le comité, on dit qu'une telle disposition pourrait avoir un effet pédagogique. Elle rappellerait aux fonctionnaires qui appliquent les lois fédérales qu'ils doivent respecter les droits autochtones ancestraux ou issus de traités et s'y conformer. C'est probablement là l'objectif réel du projet de loi. Il vise à instruire ceux qui rédigent les lois et ceux qui les appliquent qu'ils ne doivent pas perdre de vue les droits des peuples autochtones.

À mon avis, le rapport du comité contenait d'autres suggestions qui seraient plus efficaces et qui mériteraient que vous les examiniez. Par exemple, le comité a dit que le gouvernement devrait demander au ministre de la Justice de faire rapport de la comptabilité des avant-projets de loi ou des projets de loi par rapport aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités. Le rapport recommandait aussi que le ministère de la Justice entame, en son sein, un processus visant à déterminer si les avant-projets de loi ou des règlements, ou plus généralement les mesures prises par le gouvernement sont conformes aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités. Un tel processus me semble plus prometteur que l'ajout d'une présomption dans une loi d'interprétation dont on sait, après quasi 20 années d'expérience, que les tribunaux ne la prennent pas en compte.

Vous devriez peut-être examiner les recommandations qui avaient été faites par le comité en 2007. En fait, cela aiderait grandement à représenter le devoir de consulter qu'a le gouvernement en ce qui a trait à des atteintes possibles aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités qui sont protégés par la Constitution.

Il serait plus prometteur de mettre au point une méthode bien définie afin d'évaluer les violations possibles plutôt que de simplement mettre en place une disposition dans la Loi d'interprétation.

Le président : Merci, monsieur.

Nous allons commencer les questions par notre vice-présidente, la sénatrice Fraser.

La sénatrice Fraser : Comme on l'a fait remarquer, madame Lavallée, voilà plus de cinq ans que le comité a déposé son rapport sur les dispositions de non-dérogation. La réaction du

said “very interesting proposals, but particularly in regard to the recommendations reflected in the bill now before us, we have to consult with Aboriginal peoples.” Have they consulted with you? Has the government consulted with you?

Ms. Lavallée: No. When the government looks at the Congress of Aboriginal Peoples, because we are off-reserve, status, non-status, they do not believe that we have any Aboriginal and treaty rights even though we know we do.

We are all aware of the latest decision that just came down from the Federal Court of Canada, *Daniels*. That is a court constitutional reference we have been working on for 12 years. We played an instrumental role in the Constitution Act, 1982. The late Harry Daniels fought tooth and nail to have our rights as Aboriginal peoples recognized, regardless of what title or label was stuck on you at the time, because we knew eventually at some point these issues would be rectified. As our people became more educated and more proactive in paying attention to what was happening politically in Ottawa, these issues would start to be challenged. Now we are seeing the benefits.

Senator Fraser: However, no consultation?

Ms. Lavallée: No consultation.

[Translation]

Senator Fraser: Mr. Grammond, welcome to the committee. Or rather I should say welcome back, since this is not the first time that you have come here.

[English]

In response to your thing about how we got to where we got, I was a member of the committee at the time when we did that report. One of the elements that influenced our decision to make Recommendation No. 1, the non-derogation clause in the Interpretation Act, was the sense that there was a *glissement*, a sliding in the writing of interpretation clauses that started out being very straightforward basically saying, “In case anyone forgot, section 35 applies.” Then they were progressively weakened to the point where derogation was being permitted by way of regulation, which is a very strange way to approach the matter of constitutional rights. At the time, I think quite a few committee members thought, “Okay, stop already; go back to where we should have been in the first place with a standard non-derogation clause in order to make it just that little much more difficult to provide for derogation.”

My question concerns the notion that the government be required to examine and certify compliance with Aboriginal rights. I signed onto that recommendation, and I still think it would be good if it could happen properly. However, the longer I

gouvernement à ce rapport a été qu’il contenait des propositions très intéressantes, mais surtout qu’en ce qui concerne les recommandations prises en compte dans le projet de loi dont nous sommes maintenant saisis, nous devons consulter les Autochtones. Avez-vous été consultés? Le gouvernement vous a-t-il consultés?

Mme Lavallée : Non. Pour le gouvernement, le Congrès des peuples autochtones représente des Autochtones hors réserve, inscrits et non inscrits, qui ne possèdent pas de droits autochtones ancestraux ou issus de traités. Pour notre part, nous savons que nous avons ces droits.

Nous connaissons tous le jugement que vient de rendre la Cour fédérale d’appel du Canada dans l’affaire *Daniels*. Cela faisait 12 ans qu’on attendait qu’une cour fasse une référence constitutionnelle. Nous avons joué un rôle déterminant dans la Loi constitutionnelle de 1982. Feu Harry Daniels s’est battu avec acharnement pour faire reconnaître les droits des peuples autochtones, quel que soit le titre ou l’étiquette qu’on nous accolait à l’époque, parce que nous savions qu’un jour, ces erreurs seraient corrigées. Nos gens allaient devenir plus instruits, s’intéresser de plus près à ce qui se passe sur la scène politique à Ottawa, et ainsi, ils allaient se mettre à contester pour leurs droits. Nous voyons maintenant ce que cela rapporte.

La sénatrice Fraser : Néanmoins, pas de consultation?

Mme Lavallée : Aucune consultation.

[Français]

La sénatrice Fraser : Monsieur Grammond, bienvenue au comité. En fait, rebienvvenue, puisque ce n’est pas la première fois que vous venez nous rencontrer.

[Traduction]

En réponse à ce que vous disiez, au sujet de la façon dont nous en sommes venus là, je siégeais au comité au moment de la rédaction du rapport. L’un des facteurs qui nous a poussés à faire la recommandation n° 1, sur la disposition de non-dérogation de la Loi d’interprétation, était qu’on avait eu l’impression d’un glissement dans la formulation des dispositions relatives à l’interprétation qui, a priori, avait été plutôt claire, en disant « au cas où on l’oublie, l’article 35 s’applique ». Peu à peu, ces dispositions ont été affaiblies, jusqu’au point où la dérogation devienne permise par un règlement, ce qui est une façon très bizarre d’aborder les questions des droits constitutionnels. À l’époque, je crois que plusieurs membres du comité ont pensé « il faut y mettre le holà; revenir au point où on aurait dû commencer, c’est-à-dire avec une disposition standard de non-dérogation pour qu’il ne soit pas si simple de permettre la dérogation ».

Ma question porte sur le principe voulant que le gouvernement soit tenu de déterminer si les droits des Autochtones ont été respectés, et d’en attester. J’ai moi-même approuvé cette recommandation, et je pense encore qu’il serait bon que ce soit

stay here, the more often I see bills come before us that have been certified to be in conformity of the Charter of Rights and Freedoms but turn out not to be.

I know you are aware of the case now before the courts. I do not want to comment on it except to say that perhaps some of the allegations that have been made were not surprising to those of us who have watched the process I was talking about. I am not pointing the finger at governments of any political stripe here. There is an institutional dynamic that effects all governments and the bureaucracy behind them.

How realistic do you think it is to put one's faith in that kind of an assessment process, given what we know about how similar assessments have been made?

Mr. Grammond: That is a very topical question given the media reports lately.

There are several ways of doing that. In Recommendation 3(a) the committee discussed something that would be along the lines of section 4.1 of the Department of Justice Act, which essentially puts in place the mechanism that you mentioned.

I know that allegations have been made about this process. We must keep in mind the fact that this section essentially asks the Minister of Justice to criticize bills that are put forward by the government, which could be seen as a breach of cabinet solidarity. It was a good intention, but there is perhaps a political problem with that sort of process.

There might be other ways to do it, and I think Recommendation 3(c) is another way of doing it, which would be an internal process within the department. One could also think of other processes, such as an officer of Parliament who would be tasked with doing that or giving the Auditor General jurisdiction over these issues. Unfortunately, I have not come here today with a blueprint of what that process would be, but I think it is possible to imagine a process that would give some guarantee of independence and that would result in a closer look being taken at whether bills are in breach of Aboriginal treaty rights. This question deserves more thinking.

[Translation]

Senator Boisvenu: Good day, Ms. Lavallée, Mr. Swain and Mr. Grammond. It is always interesting to listen to you. I do appreciate the work that Senator Watt has done on this issue, but I do have some questions about the way that this bill will be used, namely, how it will improve both the respect and recognition of aboriginal basic rights.

Yesterday, I alluded to the problem pertaining to the Canadian Fisheries Act that provinces must comply with in enforcing their commercial, recreational and subsistence fishing regulations, among other things. In the 1980s, Quebec had to amend its own regulations in order to give priority to the rights of

fait correctement. Cependant, avec le temps qui passe, je vois plus de projets de loi qui nous sont présentés et qui sont attestés conformes à la Charte des droits et libertés, mais qui en vérité ne le sont pas.

Je sais que vous êtes au courant des cas dont les tribunaux ont été saisis. Je n'en parlerai pas, sauf pour dire que certaines allégations qui ont été faites n'ont peut-être pas surpris ceux d'entre nous qui ont observé la démarche dont j'ai parlé. Je ne jette le blâme sur aucun gouvernement ni parti politique. Il existe une dynamique institutionnelle qui touche tous les gouvernements, et toute la bureaucratie qui les encadre.

Dans quelle mesure, à votre avis, est-il réaliste de donner foi à ce type de processus d'évaluation, compte tenu de ce que nous savons d'autres évaluations semblables qui ont été menées?

M. Grammond : C'est une question qui est tout à fait d'actualité, compte tenu de ce qu'on voit dans les médias ces derniers temps.

Il y aurait diverses possibilités. Dans la recommandation 3(a), le comité propose quelque chose qui correspondrait à l'article 4.1 de la Loi sur le ministère de la Justice, qui souhaite en gros la création du mécanisme dont vous parliez.

Je sais que certaines allégations ont été faites au sujet de ce processus. Il ne faut pas oublier que cet article pousse en réalité le ministre de la Justice à critiquer les projets de loi que présente le parti au pouvoir, ce qui pourrait être perçu comme une rupture de solidarité du cabinet. L'intention était bonne, mais cela pourrait causer un problème d'ordre politique.

Il pourrait y avoir d'autres façons de faire, et je pense que ce que propose la recommandation 3(c) en est une, c'est-à-dire un processus interne au sein du ministère. On pourrait aussi envisager d'en charger un agent du Parlement ou de conférer au vérificateur général le pouvoir de traiter de ces questions. Malheureusement, je ne suis pas venu ici aujourd'hui avec un avant-projet de ce que pourrait être ce processus, mais je crois qu'il serait possible d'envisager un processus qui donnerait quelques garanties d'indépendance et permettrait un examen plus attentif afin de déterminer si des projets de loi portent atteinte aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités. Cette question mérite plus mûre réflexion.

[Français]

Le sénateur Boisvenu : Bonjour, madame Lavallée, monsieur Swain et monsieur Grammond. C'est toujours intéressant que vous entendre. J'apprécie le travail du sénateur Watt dans ce dossier, mais il reste que je me pose des questions sur l'utilisation de ce projet de loi, à savoir s'il va améliorer le respect et la reconnaissance des droits fondamentaux des Autochtones.

Hier, j'ai émis la problématique de la Loi sur les pêches du Canada que les provinces doivent respecter lorsque vient le temps d'appliquer leur réglementation sur la pêche commerciale, la pêche sportive et la pêche de subsistance, entre autres. Dans les années 1980, le Québec a dû modifier sa propre réglementation

aboriginals, for example, which historically had been subordinate to the rights of recreational fishers. We saw that section 35 had a very significant impact in Quebec.

The same problem occurred with hunting. I am a native of Abitibi and I worked a great deal with the Algonquins. I was regional director at the *ministère des Loisirs Chasse et Pêche*, and so I had to work with the aboriginal chiefs on a daily basis to manage the moose hunt in places such as the La Vérendrye reserve, where we had major problems because white people were subject to much more restrictive regulations than the aboriginal people. I would like to talk about the night hunting ban. No one was allowed to do this, neither the aboriginal people nor the white people. Nor could anybody fish in spawning grounds.

Between 1985 and 1990, many discussions were held with the aboriginal people in order to make the moose hunt more flexible. Now aboriginal people have the right to hunt at night, but white people do not. Aboriginal people also have the right to hunt using a light, something that white people are not allowed to do. Section 35 of the Charter really did lead to in-depth changes to the hunting regulations in order to give aboriginal people greater subsistence hunting rights, rights that are not given to the white population.

Mr. Grammond, do you believe that section 35 of the charter is effective with respect to the acknowledgment of ancestral and basic aboriginal rights? In adopting Senator Watt's bill, do we not run the risk of seeing the same situation occur that took place in Saskatchewan and Manitoba, where the courts to some extent are disregarding the legislation? Could the same thing happen with this bill with respect to the courts' acknowledgment of aboriginal rights?

Mr. Grammond: With respect to your question as to whether section 35 of the charter is effective, I think that progress has been achieved. Obviously, some people feel that things have gone too far, while others feel that things have not gone far enough.

I believe that the Supreme Court has done significant work in trying to make practical sense of this section which provides aboriginal rights with real protection, while reconciling this protection with the interests of the rest of the population.

I would also say that this is an interpretation that assigns a fair role to every stakeholder in the system, and which finally recognizes that it is up to the government and aboriginal peoples to solve problems and that not everything can be resolved by the courts. That is why the court has provided for an obligation to consult, one that does not dictate the results but suggests that the parties must negotiate in order to find a solution. Under these circumstances, there is a much higher likelihood that the solution will be more acceptable to everyone than a court-

pour prioriser les droits des Autochtones — un exemple — par rapport aux pêcheurs sportifs qui avaient, historiquement, priorité sur les droits autochtones. On l'a vu, l'article 35 a eu des effets assez significatifs au Québec.

La même problématique s'est posée au niveau de la chasse. Je suis originaire de l'Abitibi et j'ai beaucoup travaillé avec les Algonquins. J'étais le directeur régional du ministère des Loisirs Chasse et Pêche, donc j'avais à travailler de façon quotidienne avec les chefs autochtones pour la pratique de prélèvement d'originaux, entre autres dans la réserve de la Vérendrye où on avait des problèmes majeurs parce qu'on imposait aux Blancs une réglementation souvent plus restrictive qu'aux Autochtones. Je vous donne l'exemple de l'interdiction de chasse de nuit; c'était interdit à tout le monde, Autochtones comme Blancs. La pêche sur les frayères à poisson, c'était interdit pour tout le monde.

Entre 1985 et 1990, il y a eu beaucoup de discussions avec les Autochtones pour assouplir le prélèvement de l'original, où maintenant on reconnaît aux Autochtones le droit de chasser la nuit, alors qu'on ne le reconnaît pas aux Blancs. On reconnaît aux Autochtones le droit de chasser avec une lumière; on ne le reconnaît pas aux Blancs. L'article 35 de la Charte est vraiment venu modifier en profondeur la réglementation sur le plan de la chasse pour accorder aux Autochtones une reconnaissance encore plus grande du droit à la subsistance par la chasse, droit qu'on ne reconnaît pas à la population blanche.

Monsieur Grammond, croyez-vous que l'article 35 de la Charte fait bien son travail sur le plan de la reconnaissance des droits ancestraux et fondamentaux des Autochtones? Est-ce que l'adoption du projet de loi du sénateur Watt ne risque pas de connaître le même sort qu'en Saskatchewan et au Manitoba, où les tribunaux font un peu fi de l'adoption du projet de loi? Est-ce qu'il risque de se produire la même chose avec ce projet de loi en ce qui traite de la reconnaissance des droits autochtones par nos tribunaux?

M. Grammond : En ce qui concerne la question de savoir si l'article 35 de la Charte fait bien son travail, je pense qu'il y a eu des progrès. Évidemment, il y a des gens qui vont trouver que ça va trop loin, il y a des gens qui vont trouver que ça ne va pas assez loin.

Je crois que la Cour suprême a accompli un travail important pour tenter de trouver un sens pratique à donner à cet article qui accorde une protection réelle aux droits des Autochtones, mais qui concilie cette protection avec les intérêts du reste de la population.

Je dirais aussi que c'est une interprétation qui accorde son juste rôle à chaque acteur du système, qui reconnaît que finalement, il appartient d'abord au gouvernement et aux Autochtones de régler les problèmes et que les tribunaux ne peuvent pas tout régler. C'est la raison pour laquelle la cour a mis en place une obligation de consultation qui ne dicte pas le résultat, mais qui suggère aux parties de négocier dans le but de trouver une solution. Dans ce contexte, la solution risque d'être beaucoup plus acceptable à tout le monde que ne le serait une décision imposée par les tribunaux.

imposed decision. So the Supreme Court has interpreted section 35 in some very interesting ways, particularly in the approach taken by Chief Justice Beverly McLaughlin.

As regards the second part of your question, I think that an interpretation rule such as that one, which simply reiterates protection already afforded under the Constitution, may pass unnoticed or not be taken into account. Why? Because people usually turn to the constitutional provision because it has constitutional weight.

It is important to understand that the Interpretation Act applies only in the absence of any intent to the contrary and that is part of the legal interpretation process. We must always look to the intent of the legislator and, when this is expressed clearly, that is what we apply, not any presumption stemming from the Interpretation Act.

I just do not want us to adopt a measure which would constitute a promise that will yield few or no results. I am not against this type of measure per se, but I do feel that we should instead focus on concrete measures that the aboriginal people and the government can discuss for the purpose of finding mutually acceptable solutions.

First of all, this is the essence of the obligation to consult established by the Supreme Court nearly 10 years ago. Furthermore, this is the spirit underlining the recommendations made by the committee in 2007, as it tried to implement the process. As Senator Fraser said, the process is not perfect and perhaps needs some further thought, but that is more or less the message that I wanted to convey and my impressions after reading the bill.

Senator Boisvenu: If I understand your answer correctly, the problem lies much more with the consultation process — which is often lacking — rather than in any additional legislation that does not add very much to the negotiation process that further confirms the right to the recognition of aboriginal rights. In your opinion, therefore, does the real problem lie with the process?

Mr. Grammond: I think so. In my opinion, we should implement a process and this perhaps should be spelled out in a piece of legislation. I believe that it would be more useful to establish a process that will get the government to consult with the aboriginal people and find appropriate solutions in the case of legislation that may violate aboriginal rights. If that were the case, we would identify the problem and we could try to resolve it rather than simply include a directive stating that no legislation should violate such rights. However, if the act did cause harm, the problem is not resolved.

[English]

Senator Jaffer: I wish to thank all three of you for being here. It is very interesting for me to listen to all of you.

Il y a donc des choses très intéressantes dans la façon dont la Cour suprême a interprété l'article 35, notamment dans l'approche de la juge en chef Beverly McLaughlin.

En ce qui concerne le deuxième volet de votre question, je crois qu'une règle d'interprétation comme celle-là, qui ne fait que répliquer une protection déjà accordée par la Constitution, risque de passer inaperçu ou de ne pas être prise en considération. Pourquoi? Parce que généralement, les gens vont invoquer la disposition constitutionnelle puisqu'elle a une force constitutionnelle.

Il faut comprendre que Loi d'interprétation ne s'applique qu'en l'absence d'intention contraire et cela fait partie de la méthode d'interprétation juridique. On doit toujours rechercher l'intention du législateur et lorsque ce dernier s'exprime clairement, c'est ce qu'on applique, non pas une présomption issue de la Loi d'interprétation.

Je voudrais simplement qu'on n'adopte pas une mesure qui serait une promesse qui ne produirait que peu ou pas de résultat. Je ne m'oppose pas comme tel à ce genre de mesure, mais je crois qu'on devrait davantage se concentrer sur des mesures concrètes au sujet desquelles les Autochtones et le gouvernement vont discuter et tenter de trouver des solutions qui soient mutuellement acceptables.

D'abord, c'est l'esprit de l'obligation de consulter que la Cour suprême a mise en place depuis près de dix ans. Aussi, c'est l'esprit des recommandations de 2007 du comité qui cherchait à mettre en place le processus. Comme la sénatrice Fraser l'a mentionné, le processus n'est pas parfait et peut-être qu'on peut y réfléchir, mais c'est un peu le message que je voulais véhiculer et les impressions que j'avais à la lecture du projet de loi.

Le sénateur Boisvenu : Si j'interprète bien votre réponse, la problématique réside beaucoup plus dans le processus de consultation — qui fait souvent défaut — que dans une loi additionnelle qui n'ajoute pas beaucoup au processus de négociation qui confirme davantage le droit à la reconnaissance des droits ancestraux. Donc la problématique, selon vous, est beaucoup plus dans le processus?

M. Grammond : Je pense que oui. À mon avis, on devrait mettre en place un processus et peut-être devrait-on l'encadrer par une loi. Je crois qu'il serait plus utile de mettre en place un processus qui va amener le gouvernement à consulter les Autochtones, et à trouver des solutions appropriées lorsqu'un projet de loi risque de porter atteinte aux droits ancestraux. Je pense qu'à ce moment-là on identifierait le problème et on pourrait tenter de le résoudre plutôt que simplement inclure une directive qui dirait que nulle loi n'est censée porter atteinte. Mais si la loi porte atteinte, on n'a pas réglé le problème.

[Traduction]

La sénatrice Jaffer : Je tiens à vous remercier tous trois d'être ici. Je trouve vos propos très instructifs.

The issue of consulting comes up all the time. Ms. Lavallée and Mr. Swain, if you were designing a consultation process with CAP and the Aboriginal community what would that look like for you? What kind of process? As you can imagine, we have been waiting for five years because the government said we were going to consult, but when I was listening to this it made me feel humble because you have been waiting even longer. I would like to hear from you about what the consultation process should look like.

Mr. Grammond, you are very aware of the issues that you speak of and I would also like to hear from you. If you were looking from a court process, what would the court accept as a consultation process?

Ms. Lavallée: Thank you for the question, Senator Jaffer. To me, if we have not learned anything from the last couple of months.

I was the chief and president for the New Brunswick Aboriginal Peoples Council for 16 years prior to coming to the national level. Before that, I was in the military for 17 years. I am used to a consultative process where it moves down the chain and back up the chain. Any time I had consultations with my people, I went out to the communities, to the grassroots people, and had town hall meetings with them.

If you want people to buy into change, to modernize, to move forward, to become productive citizens and to work hand in hand with government, then you have to include them in a process. It is easier to have a process and have it accepted when you are part of the problem solving. That is how I have always worked.

At the national office, I take any opportunity that I get to meet and talk with our affiliates. If we are going to talk about a certain issue and there are funds available, those funds are normally pushed right to the lowest common denominator, right to the community level. It does not stop at the national organization; it does not stop at the headquarters of the PTO. It goes right to the community so that the community people have input into what is happening.

To take it a step farther, if you have gone on our website since I have been there as the leader, you will find that even all our financial information for our national office is now published online. All our audits are published online so that every person on the ground can see what is happening at the national level, including my salary, my expenses, our policy and procedures, and how we conduct business on a day-to-day basis. Our bylaws are now published. If I want people to believe in me and to trust me, then I have to include them in the dialogue or I will not be an effective leader.

Ron Swain, National Vice-Chief, Congress of Aboriginal Peoples: I am the National Vice-Chief of the Congress of Aboriginal Peoples. I wanted to let all of the senators here know that our colleague here gave evidence on the successful

La question des consultations revient constamment sur le tapis. Madame Lavallée, monsieur Swain, si vous deviez concevoir un processus de consultation avec le Congrès des peuples autochtones et la communauté autochtone, quelle forme prendrait-il pour vous? Quel genre de processus est-ce que ce serait? Vous comprenez, nous avons attendu cinq ans parce que le gouvernement avait dit que nous allions consulter, mais à vous entendre, je ressens de l'humilité, parce que vous, vous avez attendu encore plus longtemps. J'aimerais que vous me disiez ce que dans votre esprit, ce processus de consultation devrait être.

Monsieur Grammond, vous êtes très au courant des questions dont on traite ici, j'aimerais aussi savoir ce que vous pensez. À votre avis, dans une démarche judiciaire, qu'est-ce que les tribunaux accepteraient comme processus de consultation?

Mme Lavallée : Je vous remercie pour cette question, sénatrice Jaffer. J'espère bien qu'on a tiré des leçons de ce qui s'est passé ces derniers mois.

J'ai été chef et présidente du Conseil des peuples autochtones du Nouveau-Brunswick pendant 16 ans avant d'accéder au niveau national. Avant cela, j'ai été dans l'armée pendant 17 ans. Je suis habituée aux processus de consultation qui descendent et remontent la chaîne hiérarchique. Quand je devais consulter les gens, j'allais dans les collectivités, voir les gens de la base, et nous tenions des assemblées publiques.

Si vous voulez que les gens acceptent le changement, se modernisent et évoluent, qu'ils deviennent des citoyens productifs et qu'ils collaborent avec le gouvernement, il faut les intégrer dans un processus. Il est plus facile de faire accepter quelque chose à des gens qui ont participé à résoudre le problème. C'est ainsi que j'ai toujours travaillé.

Au bureau national, je ne manque jamais d'occasions de rencontrer les gens et de discuter avec eux. Si nous devons parler d'un sujet particulier et nous avons les fonds, ces fonds, normalement, sont affectés au plus petit dénominateur commun, au niveau communautaire. Ils ne sont pas bloqués à l'échelon national de l'organisation, ni à celui de l'organisme provincial ou territorial. Ils sont investis dans la communauté, pour que les gens de la communauté puissent avoir leur mot à dire dans ce qui se passe.

Ça va même encore plus loin. Si vous avez consulté notre site Web depuis mon accession à la direction, vous avez dû constater que même les renseignements financiers de notre bureau national sont désormais publiés en ligne. Toutes nos vérifications sont publiées en ligne, de sorte que n'importe qui sur le terrain peut voir ce qui se passe au niveau national, y compris mon salaire, mes dépenses, mes politiques et procédures, et la manière dont nous fonctionnons au quotidien. Nos règlements sont maintenant publiés. Si je veux inspirer confiance aux gens, je dois les intégrer au dialogue, sinon je ne serais pas un chef efficace.

Ron Swain, vice-chef national, Congrès des peuples autochtones : Je suis vice-chef national du Congrès des peuples autochtones. Je tiens à informer tous les sénateurs que notre collègue ici a présenté des témoignages en ce qui concerne l'affaire *Daniels*, une affaire

Daniels case that identified Métis and non-status Indians as Indians under section 91.24 of the Constitution Act. I bring that up because he is a learned person and has expertise that goes beyond me and my colleague the national chief. As Aboriginal people, some of us live a very simple life, and we need to consult with experts in that field and be able to put it in language that we can understand. Part of consultation is communicating, as the Aboriginal culture, down to the lowest denominator — the community people. However, when we are doing that consultation, we need resources to hire the experts, to interpret that, to convert it into a language that we can understand and then to communicate it to our people.

What happens, unfortunately, is that, first, there is not enough money in our consultation for that process to take place. Second, it is time-consuming. If there is money that comes forward, our consultations take time.

I do not know if you all remember back to the constitutional process when Ovide Mercredi had to leave the room to go to consult with the chiefs who were outside. I was sitting in a room behind our delegation, and it was frustrating for all of the premiers and for the Prime Minister at the time because it slowed everything down. That was just the National Chief of the AFN going to consult with a small group of people in the other room. I was just a young man then, watching this whole process develop, and it was very clear that the way we did business was totally different than the way that mainstream Canada did. I wanted to emphasize that as an example.

Senator, I am glad you asked that question. Our consultation processes are slow and kind of deliberate. When you are consulting, it is based on consensus building, as Senator Watt can attest, and that is a slow process.

The Chair: Mr. Grammond, do you want to respond?

Mr. Grammond: Yes. It is true that it is a long process, but in my experience, once they have made a decision, they stand behind it. You can trust that they will go that way because they reach a consensus. That is an important point to make.

I think your question was: What would this process like? What would be the main thing?

Senator Jaffer: What would the court like? You are experienced in these issues.

Mr. Grammond: I think the first step is to have a process within government to identify potential infringements of Aboriginal treaty rights either in legislation and regulations or in government action — the issuing of permits or things like that.

plaidée avec succès, qui identifie les Métis et les Indiens non inscrits, comme des Indiens en vertu de l'article 91.24 de la Loi constitutionnelle. Je soulève ceci parce qu'il s'agit d'une personne avec beaucoup de connaissances et ayant une expertise qui dépasse la mienne et celle de ma collègue, le chef national. En tant qu'Autochtones, certains parmi nous mènent une vie très simple, et nous devons consulter les experts en la matière pour qu'on comprenne de quoi il s'agit dans un langage qu'on connaît. Dans la culture autochtone, un élément de la consultation comporte la communication, une communication qui tient compte du dénominateur commun, c'est-à-dire les gens de la communauté. Mais en faisant une telle consultation, il nous faut des ressources pour embaucher les experts en la matière, pour interpréter le tout, pour convertir ce langage en quelque chose qui soit accessible à tous pour ensuite le transmettre à notre peuple.

Malheureusement, ce qui arrive surtout, c'est que le processus de consultation ne prévoit pas assez d'argent pour pouvoir tenir compte de cet élément. Ensuite, cela prend beaucoup de temps. Si on trouve de l'argent, les consultations vont avoir lieu.

Je ne sais pas si vous vous rappelez tous du processus constitutionnel lorsqu'Ovide Mercredi a dû quitter la salle pour consulter les chefs qui attendaient à l'extérieur. Je me trouvais dans cette salle, assis derrière notre délégation, et j'ai pu constater la frustration de tous les premiers ministres provinciaux et du premier ministre de l'époque parce que cette consultation a ralenti le tout. Simplement parce que le chef national de l'APN a consulté un petit groupe de personnes qui se trouvaient dans l'autre salle. J'étais jeune homme à l'époque, en train de regarder tout le processus, et il est devenu très évident que notre façon de faire affaire était tout à fait différente du reste du Canada. Je voulais simplement souligner cet exemple.

Madame la sénatrice, je suis heureux que vous ayez posé la question. Notre processus de consultation est lent et délibéré jusqu'à une certaine mesure. Comme le sénateur Watt l'a affirmé, en faisant de la consultation, il faut créer un consensus, ce qui est un processus lent.

Le président : Monsieur Grammond, voulez-vous répondre?

M. Grammond : Oui. Il est vrai que le processus est long, mais selon mon expérience, une fois la décision prise, elle est respectée. Vous pouvez compter sur ce respect parce qu'ils ont réussi à obtenir un consensus. Ceci est important.

Je crois que vous avez posé une question sur le type de processus qu'on aimerait voir? Quel serait son aspect essentiel?

La sénatrice Jaffer : Qu'est-ce que les tribunaux aimeraient voir? Vous avez de l'expérience en la matière.

M. Grammond : Comme première étape, je crois qu'il faut prévoir un processus au sein du gouvernement pour identifier là où les lois, la réglementation ou une mesure gouvernementale — la délivrance d'un permis ou ce genre de choses — pourraient porter atteinte aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités.

This is not an easy task because the scope of Aboriginal and treaty rights is not always clearly defined. I think we all know that.

Once a potential impact has been identified, then I think this process should be designed so as to seek out the input of the indigenous peoples who are concerned and whose rights would be affected and then to initiate a process of discussion so as to try to reach a mutually agreeable compromise as to how we could implement a measure in such a way as to minimize the impact on Aboriginal and treaty rights. Is compensation in order, or is there any other solution?

I think Chief Lavallée said, "It is much better when we are part of the solution." I think the whole purpose of all of these processes is to make the indigenous peoples part of the solution, to integrate them into the decision making process. That should be the spirit in which this would be implemented.

Also, funding is an important issue. I have friends in Indian communities who say, "I have piles of requests for consultation on my desk, and I do not have the resources to answer them." It is important to have proper funding for that process.

Senator McIntyre: Thank you to all of you for your presentations. My first question is: What do the words "abrogate" and "derogate" actually mean? Is there a difference between the two?

Mr. Grammond: That is a good question. These words are in section 25 of the Charter. It has been 30 years now, and we do not have any definitive interpretation of them. "Abrogate" could be the totally nullification. "Derogate" could be some impingement. We do not have, especially in the context of section 25, which I assume would be more or less the same context as here, any definitive interpretation of what those words mean.

Senator McIntyre: We also find those words in the non-derogation clauses, yet none of those clauses have been tested in court.

Mr. Grammond: To my knowledge, they have not.

Senator McIntyre: That is right.

You have all spoken about consultation. In light of the fact that Bill S-207 is a Senate public bill as opposed to a government bill, who would be responsible for carrying out those consultations, or does it really matter? Maybe this question should be addressed to the Department of Justice?

Mr. Grammond: Yes, I would like to know their answer, but let me give you the elements.

If you are asking the question in terms of the duty to consult as it has been designed and applied by the Supreme Court, you have to ask who has a duty to consult. It is the Crown? Who is the Crown? I think that, in the context of a bill before the Senate that is not a government bill, this leads to difficulties. It may be that

Ce n'est pas une tâche facile parce que la portée des droits autochtones ancestraux ou issus de traités n'est pas toujours bien définie. Je crois que nous savons tous cela.

Une fois qu'on a identifié une conséquence possible, je crois qu'un tel processus devrait nous permettre de demander l'avis des peuples autochtones concernés dont les droits seront touchés pour ensuite entamer un processus de discussion visant un compromis acceptable pour tout le monde quant à la façon de procéder pour minimiser l'impact sur les droits autochtones ancestraux ou issus de traités. Est-ce qu'il faut prévoir une rémunération ou existe-t-il une autre solution?

Je crois que le chef Lavallée a dit qu'il est bien plus préférable que nous fassions partie de la solution. À mon avis, le but ultime de tous ces processus, c'est de s'assurer que les peuples autochtones fassent partie de la solution, qu'ils participent au processus décisionnel. C'est dans cet esprit-là qu'il faut mettre en œuvre une telle mesure.

De plus, le financement est un enjeu important. J'ai des amis dans les communautés autochtones qui disent avoir des piles de demandes de consultation qui s'accumulent sur leur bureau mais qu'ils n'ont pas les ressources pour y donner suite et il serait important d'obtenir un financement pour pouvoir le faire.

Le sénateur McIntyre : Je vous remercie tous pour vos exposés. Ma première question porte sur les mots, en anglais, « *abrogate* » et « *derogate* ». Qu'est-ce que ces mots veulent vraiment dire et est-ce qu'il y a une différence entre les deux?

M. Grammond : Bonne question. Ce sont les mots qui se trouvent à l'article 25 de la Charte. Cette Charte date maintenant de 30 ans et nous n'avons pas encore une interprétation définitive de ces mots. Le mot « *abrogate* » pourrait vouloir dire abroger. « *Derogate* » pourrait laisser entendre une violation quelconque. Nous n'avons pas, notamment dans le contexte de l'article 25, que je présume être plus ou moins le même contexte qu'ici, une interprétation définitive de ces mots.

Le sénateur McIntyre : Nous trouvons également ces mêmes mots dans les dispositions de non-dérogation, et pourtant ces articles n'ont pas fait l'objet d'une interprétation judiciaire.

M. Grammond : À ma connaissance, c'est exact.

Le sénateur McIntyre : C'est exact.

Vous avez tous parlé de la consultation. Étant donné que le projet de loi S-207 est un projet de loi d'intérêt public du Sénat plutôt qu'un projet de loi émanant du gouvernement, qui serait responsable de ces consultations, ou est-ce vraiment important? Je devrais peut-être poser cette question au ministère de la Justice?

M. Grammond : Oui, j'aimerais bien connaître la réponse, mais je peux vous donner les éléments de base.

Si vous me posez une question au sujet du devoir de consultation, tel qu'il est conçu et appliqué par la Cour suprême, vous devez demander qui a le devoir de consulter. S'agit-il de la Couronne? Qui représente la Couronne? À mon avis, le fait que ce projet de loi émane du Sénat et non pas du

the Senate would wish to conduct some of these consultations itself. However — and I am really thinking out loud here — the Supreme Court has said that it is possible to use existing processes as a way of discharging the Crown's duty to consult.

In the context of the Senate, it might be that hearings of a committee like this, if they give the indigenous peoples an appropriate voice and an appropriate occasion to voice their concerns, might fulfill the duties. I know that some Senate committees have been touring Canada. That might be a process as well. Mind you, the message the Supreme Court sends is that consultation must be tailored to the facts of each case. It is obviously difficult to answer that question in the abstract, but I hope that this provides some guidance.

Senator McIntyre: I think the answer will probably rest with the Crown. Whether it is a Senate public bill or a government bill, the Crown is still responsible, bearing in mind the fiduciary relationship between the Crown and the Aboriginal peoples. That is my interpretation, anyway.

Mr. Grammond: That is a possibility.

Senator Joyal: Welcome, Ms. Lavallée, Mr. Swain and Mr. Grammond. Thank you for the reminder of Mr. Daniels. I remember very well when he was a key witness before me, so many years ago, in 1981, and the contribution he made to have the Metis recognized in the Constitution. As you know, the original resolution did not contain the recognition of the Metis. When I look into the Federal Court case whereby he fought again to have recognition of the federal government's responsibility for the Metis, I see the remedial initiative that has to be taken.

I want Professor Grammond to remember that we are here in an exercise of remedial non-recognition of Aboriginal rights for centuries, and those people fight to be consulted. They are not consulted. We have recommended that government consult them. The government, in its letter of 2008, undertook to consult them. "We will also want to canvass the views of Aboriginal groups," and they then refer to the recommendations we are discussing now in Bill S-207, and the government did nothing, for five years — nothing.

We have Bill S-8 before the Senate, the Safe Drinking Water Act. The government is supposed to consult them because there is a derogation clause in that bill. They have never consulted them either.

We can dream the ideal world, but the world of today, in the system as it works, it works against the recognition and the respect of their rights. I have seen that for the 40 years I have been in the Parliament of Canada, since 1972.

gouvernement pose un problème. Le Sénat pourrait entamer ces consultations lui-même. Cependant — et je parle sans vraiment avoir réfléchi à la question —, la Cour suprême a dit qu'il serait possible de se servir des processus actuels comme moyen d'acquitter l'obligation de consulter de la Couronne.

Dans le contexte du Sénat, on pourrait acquitter l'obligation en tenant des séances d'un comité comme celui-ci, si de telles séances donnent aux peuples autochtones la possibilité d'exprimer leurs points de vue et leurs préoccupations de façon appropriée. Je sais que certains comités sénatoriaux ont fait des tournées au Canada. Cela pourrait faire partie du processus également. Il faut comprendre, cependant, que la Cour suprême a dit que les consultations doivent être adaptées à chaque situation. Évidemment il est difficile de répondre à cette question hypothétique, mais j'espère que ma réponse peut vous orienter quelque peu.

Le sénateur McIntyre : Sans doute c'est la Couronne qui en est responsable. Qu'il s'agisse d'un projet de loi d'intérêt public du Sénat ou d'un projet de loi émanant du gouvernement, c'est la Couronne qui demeure responsable, en tenant compte du rapport fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones. En tout cas, c'est mon interprétation.

M. Grammond : C'est une possibilité.

Le sénateur Joyal : Bienvenue, madame Lavallée, monsieur Swain et monsieur Grammond. Merci de nous avoir rappelé M. Daniels. Je me souviens très bien de lui lorsqu'il a comparu comme témoin principal devant moi il y a bien longtemps, en 1981, et sa contribution pour faire reconnaître les Métis dans la Constitution. Comme vous le savez, la résolution originale ne reconnaissait pas les Métis. À la lumière de cette affaire devant la Cour fédérale il est revenu à la charge pour faire reconnaître la responsabilité du gouvernement fédéral à l'égard des Métis, je comprends les mesures correctives qu'il faut préconiser.

J'aimerais rappeler à M. Grammond qu'il s'agit de mesures correctives pour pallier la non-reconnaissance des droits autochtones depuis des siècles. Ces gens se battent pour être consultés. Ils ne sont pas consultés. Nous avons recommandé que le gouvernement les consulte. Dans sa lettre datée 2008, le gouvernement a promis de les consulter. « Nous souhaitons aussi obtenir le point de vue des groupes autochtones », puis il a fait référence aux recommandations dont nous discutons maintenant dans le cadre du débat sur le projet de loi S-207, et le gouvernement n'a rien fait pendant cinq ans — rien du tout.

Le Sénat se penche actuellement sur le projet de loi S-8, la Loi sur la salubrité de l'eau potable. Le gouvernement doit consulter les Autochtones car il y a une clause de dérogation dans la loi. Pourtant, les Autochtones n'ont jamais été consultés.

Nous pouvons rêver d'un monde idéal, mais dans le monde d'aujourd'hui, dans le système tel qu'il fonctionne actuellement, on va à l'encontre de la reconnaissance et du respect des droits des Autochtones. J'en ai été témoin pendant mes 40 ans au Parlement du Canada, depuis 1972.

Bill S-207 is a small step, but there is no other step that they can compel the government to take to consult them. The government consults them with what fits the purpose of the government. Nothing compels them to consult. When their rights are infringed, they try to go to court. Who pays when they go to court and how long does it take to get a decision whereby the court asks the government why they have not consulted?

You have to understand that there is a systemic weight against the recognition and the fair respect of their rights and the legislative role of the federal government, which acts for the benefit of the whole of Canada and for all Canadians — White, non-White, of any stripe or colour.

This is what it is, this bill. We are not in an ideal world. We are in the real world, and in the real world the consultation does not work on a daily or regular basis. That is why I think this bill, which is the first recommendation of our report, even though it is small, could be a reminder to those who draft the legislation that they have to take into account the rights of the Aboriginal people.

Ms. Lavallée, when is the last time you were consulted by the federal government on a bill or major initiative?

Ms. Lavallée: My last consultation was on matrimonial real property rights. I think that was about two years ago.

Senator Joyal: Is there any other legislation you remember being consulted on?

Ms. Lavallée: We were part of the consultations on governance on the old Bill C-7.

Mr. Swain: That was in 2002, I believe.

Ms. Lavallée: I thought 2007, around that time.

Senator Joyal: The first incarnation of the bill. I remember that, yes.

Ms. Lavallée: I think basically the matrimonial real property rights were pretty well the last real bills that we were consulted on.

Quite frankly, the reason goes back to the reality that a lot of times these changes or bills more or less pertain to Indian Act issues, and not having the same recognition as what *Daniels* is attempting to do is what more or less keeps us out of the consultative processes.

Just picking up on what Professor Grammond had to say, even the provincial governments will not talk, in most cases, to the off-reserve Aboriginal peoples. If you do not have a status card and you are not on-reserve, then, as far as they are concerned, you are no one; you are just another ordinary person in the province. I am speaking from experience, having been through the lobster wars, Burnt Church; having been through the *Bernard* decision, the *Marshall* decision. When the *Marshall* decision came down, we thought in New Brunswick and on the East Coast that finally we

Le projet de loi S-207 est un petit pas en avant mais il n'y a aucun autre recours qui peut forcer le gouvernement à consulter les Autochtones. Le gouvernement les consulte lorsque cela convient aux fins du gouvernement. Rien ne l'y astreint. Lorsque les droits des Autochtones sont violés, ils essaient d'aller devant les tribunaux. Qui paie la note lorsqu'ils vont devant les tribunaux et combien de temps met-on à obtenir une décision par laquelle le tribunal demande au gouvernement pourquoi il n'y a eu aucune consultation?

Il faut comprendre le fardeau systémique qui pèse contre la reconnaissance et le respect des droits des Autochtones. Il faut aussi comprendre le rôle législatif du gouvernement fédéral, qui agit dans l'intérêt de tout le Canada et pour tous les Canadiens, qu'ils soient blancs, non blancs, ou de toute race ou origine.

Voilà donc ce en quoi consiste la loi. Nous ne vivons pas dans un monde idéal. Nous vivons dans le vrai monde, et dans ce vrai monde la consultation ne fonctionne pas sur une base quotidienne ou régulière. Voilà pourquoi d'après moi, la première recommandation de notre rapport doit rappeler aux rédacteurs législatifs qu'ils doivent tenir compte des droits des Autochtones.

Madame Lavallée, à quand remonte votre dernière consultation par le gouvernement fédéral concernant un projet de loi ou un projet majeur?

Mme Lavallée : Ma dernière consultation portait sur les droits en matière de biens immobiliers matrimoniaux. Je crois que cela fait environ deux ans.

Le sénateur Joyal : Est-ce que vous vous souvenez d'autres lois pour lesquelles vous avez été consultée?

Mme Lavallée : Nous avons été consultés sur la gouvernance dans l'ancien projet de loi C-7.

M. Swain : C'était en 2002 je crois.

Mme Lavallée : En fait, je croyais que c'était en 2007.

Le sénateur Joyal : La première version du projet de loi. Oui, je m'en souviens.

Mme Lavallée : Je crois que la question des droits en matière de biens immobiliers matrimoniaux est essentiellement la dernière pour laquelle nous avons été consultés.

Souvent, les changements ou les projets de loi n'ont qu'un faible lien avec les enjeux de la Loi sur les Indiens. Sans jouer de la même reconnaissance que dans *Daniels*, nous sommes plus ou moins exclus du processus consultatif.

Pour faire écho aux propos de M. Grammond, même les gouvernements provinciaux ne consultent généralement pas les Autochtones vivant hors réserve. Sans carte d'Indien inscrit et sans vivre dans une réserve, en ce qui les concerne, vous n'êtes pas Indien; vous êtes simplement un citoyen ordinaire de la province. J'en sais quelque chose, j'ai vécu la guerre du homard, Burnt Church; la décision *Bernard*, la décision *Marshall*. Au moment de l'arrêt *Marshall*, nous croyions au Nouveau-Brunswick et sur la côte Est qu'il serait enfin possible de faire des progrès concernant

would make some headway with our pre-confederation treaties. We were part of the treaty process. It was through our organization in New Brunswick, through our former leaders Gary Gould and Alan Semple who wrote the beginning of the treaty process on the East Coast, our land is the Maritimes. Lo and behold, the government comes out with it only pertaining to what they consider to be the modern manifestation of the treaty, which was the Indian Act. We were totally *personae non gratae*.

This is an issue and the reason we are supporting this. It has always been somewhat of a joke internally, especially when we have to grapple with court cases. With section 35, is the box half full or half empty? We do not know. Some of these issues are starting to be resolved, but not at the rate they should be.

Any tiny step to have section 35 rights acknowledged and/or protected is a step forward for us.

The Chair: Mr. Grammond, I will give you an opportunity to respond to what Senator Joyal had to say, and then we will have to move on so other senators have an opportunity. Please be as concise as possible.

Mr. Grammond: I acknowledge that there are political realities that I may not be aware of, but I would not give up on consultation. It is important and has dramatically changed the landscape of indigenous peoples' law in this country over the last 10 years. True, the process does not always work; true, the non-status people or off-reserve people are still often ignored, and that is something to be repaired. However, I would say consultation and integration in the decision-making process is the way forward.

Senator Fraser: On the matter of consultation, Mr. Grammond, it seems to me we have a Catch-22 if we essentially say that only the Crown consultations count. It is pretty clear that when the government wants to do something it does not necessarily consult with all the persons affected.

When the government does not want to do something, it really does not consult, and the evidence is pretty clear that the government does not want to tie its hands in any way, as far as non-derogation and derogation are concerned, which is where private members' bills can serve a very useful public purpose.

I do not know whether you have had a chance to consult Senator Watt's testimony from last night.

Mr. Grammond: Unfortunately, not.

Senator Fraser: He, himself an Aboriginal person, consulted widely before bringing this bill forward. The Senate committee study, I would argue, concentrated a fairly prolonged form of consultation in which every Aboriginal witness said, "We want

nos traités datant d'avant la confédération. Nous faisons partie du processus des traités. C'était grâce à notre organisation au Nouveau-Brunswick, grâce à nos anciens chefs Gary Gould et Alan Semple qui ont rédigé le début du processus de traités sur la côte Est, notre terre c'est les Maritimes. C'est alors que nous constatons avec surprise que le gouvernement se prononce uniquement concernant la manifestation actuelle du traité, c'est-à-dire la Loi sur les Indiens. Nous étions carrément des *personae non gratae*.

C'est problématique et c'est pourquoi nous appuyons le projet de loi. La question a toujours été considérée une farce à l'interne, surtout lorsque nous devons composer avec des poursuites judiciaires. Avec l'article 35, le verre est-il à moitié vide ou à moitié plein? Nous n'en savons rien. Certains problèmes commencent à être résolus, mais pas assez rapidement.

Tout progrès vers la reconnaissance ou la protection des droits en vertu de l'article 35, si petit soit-il, est un pas vers l'avant pour nous.

Le président : Monsieur Grammond, vous aurez l'occasion de répondre au sénateur Joyal, puis il faudra passer à autre chose pour donner le droit de parole aux autres sénateurs. Veuillez être le plus bref possible.

M. Grammond : Je reconnais qu'il y a des réalités politiques dont je ne suis pas forcément au courant, mais il ne faut pas abandonner la consultation. C'est un principe important qui a considérablement changé les lois touchant les peuples autochtones au pays depuis les 10 dernières années. Je concède que le processus ne fonctionne pas toujours; on ignore souvent les Indiens non-inscrits ou les personnes qui vivent à l'extérieur des réserves et il faut trouver une solution. Cependant je dirais que la consultation et l'intégration au processus décisionnel constituent la méthode à préconiser.

La sénatrice Fraser : Monsieur Grammond, au sujet de la consultation, il me semble que nous nous retrouvons sans issue si nous affirmons que seules les consultations de la Couronne comptent pour quelque chose. Il semble assez clair que lorsque le gouvernement souhaite accomplir quelque chose, il ne consulte pas forcément toutes les personnes qui en subiront les effets.

Lorsque le gouvernement veut éviter d'agir, il ne fait aucune consultation. De toute évidence, le gouvernement ne veut pas se lier les mains d'aucune façon que ce soit concernant la non-dérogation et la dérogation. C'est pourquoi les projets de loi d'initiative parlementaire peuvent être très utiles.

Je ne sais pas si vous avez eu l'occasion de consulter le témoignage d'hier soir du sénateur Watt.

M. Grammond : Malheureusement non.

La sénatrice Fraser : Lui-même Autochtone, il a consulté une vaste gamme avant de présenter le projet de loi. D'après moi, l'étude du comité sénatorial constitue une forme assez prolongée de consultation où chaque témoin autochtone a dit : « Nous

this situation addressed and fixed.” Their preference in most cases was for exactly what this bill proposes to do. Does that not constitute consultation?

Mr. Grammond: It certainly does constitute a form of consultation. I have not assessed it to give an opinion as to whether it would comply with a duty to consult, and it would probably be difficult to do so, but certainly it does constitute some consultation. If the representatives of national indigenous organizations say, “We want it,” that is certainly consultation. I was not talking so much about consultation regarding this particular bill but consultation in general as a way to prevent further infringements of Aboriginal treaty rights. I think that is the key.

Senator Jaffer: Professor Grammond, you are so familiar with this issue. Over the years, have you seen a dilution of non-derogation rights with new bills being introduced? At the beginning you said that there is the Charter and then there is the act. Do you see that, as acts are being introduced, there is a bit of dilution of non-derogation?

Mr. Grammond: It may or may not; it depends on the intent, and it is difficult to say. It can be observed that initially they were framed more or less in the way that we see in this bill. Later the wording was something like, “It does not detract from the protection afforded by section 35 to Aboriginal treaty rights.” That is certainly narrower in that the first formulation does give the impression that it might go beyond the protections of section 35, although it is difficult to tell because we have very little final authority on what this means and on what section 25, from which this has been copied, means.

The Chair: Thank you all very much for your appearance here today. You have been very helpful to the committee’s deliberations.

We will now move to clause-by-clause consideration of the bill.

Senator Jaffer: I understood that we normally do clause-by-clause consideration on another day so that we can reflect. I see that once or twice we have not followed that process.

The Chair: This was discussed at length by the steering committee, and the steering committee unanimously agreed to conduct clause-by-clause consideration today.

Senator Jaffer: Are we moving away from —

The Chair: Not in the usual conduct of business, but in this one instance, yes.

Senator Fraser: Speaking for our side, I can assure Senator Jaffer that in steering I regularly give the sermon about not doing things on the same day, but there were reasons for proceeding today on this bill.

voulons que cette situation soit réglée. ». Dans la plupart des cas, ils préféreraient exactement ce que ce projet de loi propose. Est-ce que cela ne constitue pas une consultation?

M. Grammond : Il s’agit certainement d’une forme de consultation. Je n’ai pas eu l’occasion d’évaluer la chose pour vous dire si c’est conforme à un devoir de consultation, il serait d’ailleurs sans doute difficile de faire une telle évaluation, mais il s’agit certainement d’une forme de consultation. Si les représentants d’organisations autochtones nationales disent « Nous voulons cela », il s’agit certainement d’une consultation. Je ne parlais pas forcément d’une consultation concernant cette loi en particulier mais plutôt d’une consultation générale afin de prévenir les entraves éventuelles aux droits autochtones issus des traités. Voilà pour moi le nerf de la question.

La sénatrice Jaffer : Monsieur Grammond, vous connaissez très bien cet enjeu. Au fil des ans, avez-vous observé une dilution des droits de non-dérogation lors de la présentation de nouveaux projets de loi? Au début, vous avez dit qu’il y a la Charte et qu’il y a la loi. Trouvez-vous qu’au fur et à mesure qu’on présente des projets de loi, on constate une dilution de la non-dérogation?

M. Grammond : Oui et non; cela dépend de l’intention et je ne pourrais pas vous donner de réponse ferme. On peut voir qu’au début, ils étaient formulés plus ou moins de la même façon que dans le projet de loi. Par la suite, le libellé était plutôt du style : « Ceci n’a pas préséance sur la protection accordée par l’article 35 aux droits autochtones ancestraux ou issus de traités. » Voilà une formulation plus étroite que la première puisque cette dernière donne l’impression qu’on pourrait aller au-delà des protections accordées par l’article 35. Cependant, c’est une question nébuleuse car nous disposons de très peu d’autorités quant au sens de cette formulation et au sens de l’article 25 d’où cela a été tiré.

Le président : Merci à tous de votre comparution aujourd’hui. Vous avez beaucoup aidé le comité dans ses délibérations.

Nous allons maintenant passer à l’étude article par article du projet de loi.

La sénatrice Jaffer : Je croyais que nous procédions à l’étude article par article un autre jour pour avoir le temps de réfléchir à ce que nous avons entendu. Je vois que cela n’a pas été le cas une ou deux fois.

Le président : Le comité directeur a discuté longuement à ce sujet, et le comité directeur a unanimement décidé de procéder à l’étude article par article aujourd’hui.

La sénatrice Jaffer : Est-ce un départ...

Le président : Il ne s’agit pas d’une habitude mais d’une exception dans ce cas-ci, oui.

La sénatrice Fraser : De notre côté, je puis assurer la sénatrice Jaffer qu’au comité directeur je donne régulièrement le laïus pour éviter de continuer le jour même, mais il y avait des raisons de procéder ainsi aujourd’hui.

The Chair: Is it agreed that the committee proceed to clause-by-clause consideration of Bill S-207, An Act to amend the Interpretation Act (non-derogation of aboriginal treaty rights)?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Shall the title stand postponed?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Shall clause 1 carry?

Senator Joyal: When we started the study of this bill, I mentioned that the French version was defective. I intend to move that Bill S-207 be amended in clause 1 on page 1 by replacing in the French version line 7 with the following:

[*Translation*]

“8.3. Nul texte ne porte atteinte aux droits”

[*English*]

It is essentially to remove the word “pas” from line 7.

The Chair: Copies of the amendment are being circulated.

Does anyone wish to pose a question to Senator Joyal?

Senator White: This is a little different than the other ones we have gone through. I take it we still have an opportunity to debate this in the Senate?

The Chair: Absolutely.

The Chair: Is it your pleasure, honourable senators, to adopt the motion in amendment?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: The motion in amendment is carried.

Shall clause 1, as amended, carry?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Shall the title carry?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Shall the bill, as amended, carry?

Hon. Senators: Agreed.

The Chair: Is it agreed that I report this bill, as amended, to the Senate?

Hon. Senators: Agreed.

That concludes the proceedings. Thank you all.

(The committee adjourned.)

Le président : Plaît-il au comité de procéder à l'étude article par article du projet de loi S-207, Loi modifiant la Loi d'interprétation (maintien des droits autochtones ancestraux ou issus de traités)?

Des voix : D'accord.

Le président : Le titre est-il réservé?

Des voix : D'accord.

Le président : L'article 1 est-il adopté?

Le sénateur Joyal : Lorsque nous avons entamé l'étude du projet de loi, j'ai indiqué que la version française comportait un défaut. J'ai l'intention de présenter une motion selon laquelle le projet de loi S-207 soit modifié à l'article 1 de la page 1 pour remplacer la ligne 7 de la version française par ce qui suit :

[*Français*]

« 8.3. Nul texte ne porte atteinte aux droits »

[*Traduction*]

Il s'agit en gros d'éliminer le mot « pas » de la ligne 7.

Le président : Des copies de l'amendement sont distribuées.

Y a-t-il une question pour le sénateur Joyal?

Le sénateur White : Il s'agit d'un amendement quelque peu différent par rapport à ceux que nous avons déjà envisagés. Aurons-nous toujours l'occasion d'en débattre au Sénat?

Le président : Tout à fait.

Le président : Plaît-il aux honorables sénateurs d'adopter la motion d'amendement?

Des voix : D'accord.

Le président : La motion d'amendement est adoptée.

L'article 1 modifié est-il adopté?

Des voix : D'accord.

Le président : Le titre est-il adopté?

Des voix : D'accord.

Le président : Le projet de loi modifié est-il adopté?

Des voix : D'accord.

Le président : Plaît-il au comité que je fasse rapport du projet de loi modifié au Sénat?

Des voix : D'accord.

Cela met fin à la séance. Merci à tous.

(La séance est levée.)

WITNESSES

Wednesday February 27, 2013

The Honourable Senator Charlie Watt, Sponsor of the Bill.

Justice Canada:

Bruce Becker, Senior General Counsel, Aboriginal Law Centre;

Paul Salembier, General Counsel, Aboriginal Affairs and Northern Development Canada.

Thursday February 28, 2013

Nunavut Tunngavik Inc.:

Cathy Towtongie, President;

Laurie Pelly, Legal Counsel.

As an individual

Sébastien Grammond, Dean, Faculty of Civil Law, University of Ottawa;

Congress of Aboriginal Peoples:

Betty Ann Lavallée, National Chief;

Ron Swain, National Vice-Chief.

TÉMOINS

Le mercredi 27 février 2013

L'honorable sénateur Charlie Watt, parrain du projet de loi.

Justice Canada :

Bruce Becker, avocat général principal par interim, Centre de droit autochtone;

Paul Salembier, avocat général, Affaires autochtones et Développement du nord Canada.

Le jeudi 28 février 2013

Nunavut Tunngavik Inc. :

Cathy Towtongie, présidente;

Laurie Pelly, conseillère juridique.

À titre personnel :

Sébastien Grammond, doyen, Faculté de droit, Université d'Ottawa.

Congress of Aboriginal Peoples :

Betty Ann Lavallée, chef nationale;

Ron Swain, vice-chef national.