

Chief Steve Courtoreille on behalf of himself and the members of the Mikisew Cree First Nation *Appellant*

v.

Governor General in Council, Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development, Minister of Finance, Minister of the Environment, Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Transport and Minister of Natural Resources *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, First Nations of the Maa-nulth Treaty Society, Assembly of First Nations, Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee), Cree Nation Government, Manitoba Metis Federation Inc., Advocates for the Rule of Law, Federation of Sovereign Indigenous Nations and Gitanyow Hereditary Chiefs *Interveners*

INDEXED AS: MIKISEW CREE FIRST NATION v. CANADA (GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL)
2018 SCC 40

File No.: 37441.

2018: January 15; 2018: October 11.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Federal Court — Jurisdiction — Judicial review — Parliament adopting legislation amending

Le chef Steve Courtoreille, en son nom et au nom des membres de la Mikisew Cree First Nation *Appelant*

c.

Gouverneur général en conseil, ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien, ministre des Finances, ministre de l'Environnement, ministre des Pêches et des Océans, ministre des Transports et ministre des Ressources naturelles *Intimés*

et

Procureure générale du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, First Nations of the Maa-nulth Treaty Society, Assemblée des Premières Nations, Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee), Gouvernement de la nation crie, Fédération métisse du Manitoba, Advocates for the Rule of Law, Federation of Sovereign Indigenous Nations et Gitanyow Hereditary Chiefs *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MIKISEW CREE FIRST NATION c. CANADA (GOVERNEUR GÉNÉRAL EN CONSEIL)
2018 CSC 40

N° du greffe : 37441.

2018 : 15 janvier; 2018 : 11 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence — Contrôle judiciaire — Adoption par le Parlement de lois modifiant

Canada's environmental protection regime — First Nation bringing application for judicial review with respect to development and introduction of legislation — Whether Federal Court had jurisdiction to consider First Nation's application — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal", 2(2), 17, 18, 18.1.

Constitutional law — Aboriginal peoples — Treaty rights — Crown — Duty to consult — Parliament adopting legislation amending Canada's environmental protection regime — First Nation not consulted on legislation at any stage of development or prior to granting of royal assent — First Nation seeking declaration that Crown owed and breached duty to consult since legislation had potential to adversely affect treaty rights to hunt, trap, and fish — Whether duty to consult applies to law-making process.

In April 2012, two pieces of omnibus legislation with significant effects on Canada's environmental protection regime were introduced into Parliament. The Mikisew Cree First Nation was not consulted on either of these omnibus bills at any stage in their development or prior to the granting of royal assent. The Mikisew brought an application for judicial review in Federal Court, arguing that the Crown had a duty to consult them on the development of the legislation, since it had the potential to adversely affect their treaty rights to hunt, trap, and fish under Treaty No. 8. The reviewing judge granted a declaration to the effect that the duty to consult was triggered and that the Mikisew were entitled to notice of the relevant provisions of the bills, as well as an opportunity to make submissions. On appeal, a majority of the Federal Court of Appeal concluded that the reviewing judge erred by conducting a judicial review of legislative action contrary to the *Federal Courts Act*. The majority held that when ministers develop policy, they act in a legislative capacity and their actions are immune from judicial review. It deemed the reviewing judge's decision to be inconsistent with the principles of parliamentary sovereignty, the separation of powers, and parliamentary privilege. The Mikisew appealed.

le régime canadien de protection de l'environnement — Présentation par une première nation d'une demande de contrôle judiciaire concernant l'élaboration et le dépôt de projets de loi — La Cour fédérale avait-elle compétence pour se prononcer quant à la demande de la première nation? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 2(2), 17, 18, 18.1.

Droit constitutionnel — Peuples autochtones — Droits issus de traités — Couronne — Obligation de consulter — Adoption par le Parlement de lois modifiant le régime canadien de protection de l'environnement — Absence de consultation d'une première nation pendant toute l'élaboration des projets de loi et avant que ceux-ci reçoivent la sanction royale — Demande par la première nation d'un jugement déclarant que la Couronne avait l'obligation de la consulter parce que les mesures législatives étaient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ses droits de chasser, de piéger et de pêcher issus de traité et qu'elle a manqué à cette obligation — L'obligation de consulter s'applique-t-elle au processus législatif?

Au mois d'avril 2012, deux projets de lois omnibus ayant une incidence importante sur le régime canadien de protection environnementale ont été déposés au Parlement. Aucune consultation n'a été menée auprès de la Mikisew Cree First Nation quant aux deux projets de loi omnibus ni à quelque étape que ce soit de leur élaboration ni avant qu'ils ne reçoivent la sanction royale. Les Mikisew ont présenté une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, plaidant que la Couronne avait l'obligation de les consulter en ce qui concerne l'élaboration des mesures législatives, car celles-ci étaient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits de chasse, de piégeage et de pêche, qui leur sont garantis par le Traité n° 8. Le juge saisi de la demande de contrôle a rendu un jugement déclaratoire portant que l'obligation de consulter s'appliquait et que les Mikisew avaient le droit de recevoir un avis les informant des dispositions pertinentes des projets de loi et de se voir offrir la possibilité de présenter des observations. En appel, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont statué que le juge saisi de la demande de contrôle avait commis une erreur en procédant au contrôle judiciaire d'une mesure législative en contravention de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les juges majoritaires ont conclu que lorsque les ministres élaborent une politique, ils agissent à titre de législateurs et leurs actions ne sont pas assujetties au pouvoir de contrôle des tribunaux. Selon eux, la décision de première instance ne respectait pas les principes de la souveraineté parlementaire, de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire. Les Mikisew ont porté la décision en appel.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Karakatsanis and Gascon JJ.: The Federal Court lacked jurisdiction to consider the Mikisew's application for judicial review. For the Federal Court to have jurisdiction over a claim, it must have a statutory grant of jurisdiction. Section 17(1) of the *Federal Courts Act* provides that the Federal Court has concurrent original jurisdiction where relief is claimed against the Crown, which the Act defines as Her Majesty in right of Canada. However, this definition does not extend to executive actors when they are exercising legislative power. In this case, the Mikisew challenge actions which are uniformly legislative in character, therefore, their application is not against the Crown in its executive capacity. In addition, ss. 18 and 18.1 of the Act only grant the Federal Court jurisdiction to judicially review action taken by a "federal board, commission or other tribunal", defined in s. 2(1) of the Act as a body exercising statutory powers or powers under an order made pursuant to a prerogative of the Crown. Section 2(2) specifies that the Senate, the House of Commons, or any committee or member of either House is not included in this definition. Ministers do not act pursuant to statutory powers when developing legislation; rather, they act pursuant to powers under Part IV of the *Constitution Act, 1867*. As such, when developing legislation, they do not act as a federal board, commission or other tribunal and their actions are immune from judicial review. Accordingly, the Federal Court was not validly seized of the Mikisew's application for judicial review in this case.

With respect to the duty to consult, the development of legislation by ministers is legislative action that does not trigger this duty. The duty to consult is an obligation that flows from the honour of the Crown, a foundational principle of Aboriginal law which governs the relationship between the Crown and Aboriginal peoples. This duty requires the Crown to consult Aboriginal peoples before taking action that may adversely affect their asserted or established rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and ensures that the Crown acts honourably by preventing it from acting unilaterally in ways that undermine s. 35 rights. Although the duty to consult has been recognized in a variety of contexts, Crown conduct sufficient to trigger the duty has only been found to include executive action or action taken on behalf of the executive.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis et Gascon : La Cour fédérale n'avait pas la compétence requise pour se prononcer sur la demande de contrôle judiciaire des Mikisew. Pour que la Cour fédérale ait compétence, elle doit lui avoir été attribuée par la loi. Le paragraphe 17(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, en cas de demande de réparation contre la Couronne, terme que la Loi définit comme étant Sa Majesté du chef du Canada. Toutefois, cette définition ne s'étend pas aux acteurs de l'exécutif qui exercent un pouvoir législatif. En l'espèce, les Mikisew contestent des mesures qui sont uniformément de nature législative et, de ce fait, leur demande ne vise pas la Couronne dans l'exercice de sa fonction exécutive. De plus, les art. 18 et 18.1 de la Loi ne confèrent à la Cour fédérale que la compétence de contrôler les actions d'un « office fédéral », que le par. 2(1) de la Loi définit comme étant un organisme exerçant une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi ou par une ordonnance prise en vertu d'une prerogative royale. Le paragraphe 2(2) précise que sont exclus de cette définition le Sénat, la Chambre des communes et tout comité ou membre de l'une ou l'autre chambre. Les ministres n'agissent pas en application de pouvoirs que leur confère la loi lorsqu'ils élaborent les textes législatifs; ils agissent plutôt en vertu des pouvoirs qui leur sont dévolus par la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, dans le cadre de leur fonction de législateurs, ils n'agissent pas comme un office fédéral et leurs actions ne sont pas assujetties au contrôle des tribunaux. Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas été saisie à bon droit de la demande de contrôle judiciaire des Mikisew en l'espèce.

En ce qui concerne l'obligation de consulter, l'élaboration d'une loi par des ministres est une mesure législative qui ne déclenche pas cette obligation. L'obligation de consulter découle de l'honneur de la Couronne, un principe fondamental du droit des Autochtones qui régit la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. Elle oblige la Couronne à consulter les peuples autochtones avant de prendre des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qu'ils revendiquent ou dont l'existence a été établie, en plus de garantir que la Couronne agit honorablement en l'empêchant d'agir unilatéralement d'une façon qui porte atteinte aux droits visés à l'art. 35. Bien que l'obligation de consulter ait été reconnue dans divers contextes, il a été jugé que la conduite de la Couronne suffisante pour déclencher cette obligation englobe uniquement les actes accomplis par l'exécutif, ou en son nom.

The duty to consult doctrine is ill-suited for legislative action. It is rarely appropriate for courts to scrutinize the law-making process, which includes the development of legislation by ministers. Longstanding constitutional principles underlie this reluctance to supervise the law-making process. The separation of powers is an essential feature of Canada's Constitution. It recognizes that each branch of government will be unable to fulfill its role if it is unduly interfered with by the others. Recognizing that a duty to consult applies during the law-making process may require courts to improperly trespass onto the legislature's domain. Parliamentary sovereignty mandates that the legislature can make or unmake any law it wishes, within the confines of its constitutional authority. Recognizing that the elected legislature has specific consultation obligations may constrain it. Parliamentary privilege also generally prevents courts from enforcing procedural constraints on the parliamentary process. Applying the duty to consult doctrine during the law-making process would lead to significant judicial incursion into the workings of the legislature.

Furthermore, the administrative law remedies normally available for breach of a duty to consult would invite inappropriate judicial intervention into the legislature's domain, as the duty would require the judiciary to directly interfere with the development of legislation. Applying a duty to consult to the development of legislation by ministers also raises practical concerns. If changes are made to a proposed bill to address concerns raised during consultation, these changes could later be undone by Parliament, as it is free to amend the proposed law. This may limit the possibility of meaningful accommodation. Additionally, private member bills would not trigger the duty, rendering the approach incongruous. Moreover, in the long chain of events contributing to the development of legislation, disentangling what steps the duty to consult applies to (because they are executive) and what actions are immune (because they are parliamentary) would be an enormously difficult task.

However, when legislation undermines s. 35 rights, Aboriginal groups are not left without a remedy. The duty to consult is not the only means to give effect to the

La doctrine de l'obligation de consulter ne convient pas relativement à l'action législative. Il est rarement approprié que les tribunaux examinent de près le processus législatif, y compris l'élaboration de projets de loi par les ministres. Des principes constitutionnels établis depuis longtemps justifient cette réticence à surveiller le processus législatif. Le principe de la séparation des pouvoirs est un élément essentiel de la Constitution du Canada. Il reconnaît qu'un organe du gouvernement ne peut jouer son rôle lorsqu'un autre empiète indûment sur lui. Si l'on devait reconnaître qu'une obligation de consulter s'applique au processus législatif, cela risquerait d'obliger les tribunaux à s'ingérer indûment dans la sphère du législateur. Le principe de la souveraineté parlementaire suppose que l'assemblée législative peut adopter ou abroger une loi à son gré, dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution. Si l'on devait reconnaître qu'une assemblée législative élue a des obligations précises en matière de consultation, cela risquerait de lui nuire. Le privilège parlementaire empêche en outre généralement les tribunaux d'assujettir le processus parlementaire à des contraintes procédurales. L'application de la doctrine de l'obligation de consulter durant le processus législatif donnerait lieu à une ingérence importante des tribunaux dans les travaux du législateur.

Qui plus est, les recours propres au droit administratif qui peuvent être normalement intentés pour manquement à l'obligation de consulter inciteraient davantage les tribunaux à intervenir indûment dans la sphère du législateur puisque, suivant cette obligation, il faudrait que les tribunaux interviennent directement dans l'élaboration des projets de loi. Assujettir le processus d'élaboration des projets de loi par les ministres à une obligation de consulter soulèverait aussi des préoccupations d'ordre pratique. Si des amendements sont apportés au projet de loi proposé afin de tenir compte de préoccupations soulevées pendant des consultations, ceux-ci pourraient être supprimés par le Parlement, puisqu'il peut modifier le texte de loi proposé. Les possibilités de trouver des mesures d'accommodement utiles pourraient s'en trouver limitées. De plus, les projets de loi d'initiative parlementaire ne donneraient pas naissance à l'obligation de consulter, ce qui rendrait l'approche incongrue. Par ailleurs, dans la longue série de démarches accomplies pour élaborer une loi, il serait extrêmement difficile de départager les étapes assujetties à l'obligation de consulter (parce qu'elles relèvent du pouvoir exécutif) et les actions qui n'y sont pas subordonnées (parce qu'elles relèvent du pouvoir législatif).

Toutefois, lorsqu'une loi porte atteinte aux droits protégés par l'art. 35, les groupes autochtones ne sont pas privés de tout recours. L'obligation de consulter n'est pas

honour of the Crown. Simply because the duty to consult doctrine, as it has evolved to regulate executive conduct, is inapplicable in the legislative sphere, does not mean the Crown is absolved of its obligation to conduct itself honourably. While an Aboriginal group will not be able to challenge legislation on the basis that the legislature had failed to fulfill the duty to consult, other protections may well be recognized in future cases when Aboriginal or treaty rights may be adversely affected by legislation, such as declaratory relief.

Per Abella and Martin JJ.: There is agreement with Karakatsanis J. that the appeal should be dismissed on the grounds that judicial review under the *Federal Courts Act* is not available for the actions of federal ministers in the parliamentary process.

However, there is disagreement with respect to the duty to consult. The enactment of legislation with the potential to adversely affect rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* gives rise to a duty to consult, and legislation enacted in breach of that duty may be challenged directly for relief. The honour of the Crown governs the relationship between the government of Canada and Indigenous peoples. This obligation of honour gives rise to a duty to consult that applies to all contemplated government conduct with the potential to adversely impact asserted or established Aboriginal and treaty rights, including legislative action.

The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Indigenous peoples, whether through the exercise of legislative power or executive authority. It is a constitutional imperative giving rise to obligations on the Crown which are enforced by the courts. When the government contemplates conduct that might adversely affect Aboriginal or treaty rights, the honour of the Crown gives rise to a duty to consult and accommodate. This duty is more than just a means of upholding the honour of the Crown. The question is not whether a duty to consult is appropriate in the circumstances, but whether the decision is one to which the duty to consult applies.

Because the honour of the Crown infuses the entirety of the government's relationship with Indigenous peoples, the duty to consult must apply to all exercises of authority

le seul moyen de donner effet au principe de l'honneur de la Couronne. Ce n'est pas parce que la doctrine de l'obligation de consulter, qui a évolué de manière à encadrer la conduite de l'exécutif, ne s'applique pas dans la sphère législative que la Couronne est libérée de son obligation de se comporter honorablement. Même si un groupe autochtone sera empêché de contester une loi en invoquant un manquement du législateur à l'obligation de consulter, les tribunaux pourront possiblement reconnaître l'existence d'autres mesures de protection dans des causes à venir quand une loi sera susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités, par exemple un jugement déclaratoire.

Les juges Abella et Martin : Il y a accord avec la juge Karakatsanis pour dire que le pourvoi devrait être rejeté au motif que le contrôle judiciaire prévu par la *Loi sur les Cours fédérales* ne pouvait être exercé à l'encontre de mesures prises par des ministres fédéraux dans le cadre du processus parlementaire.

Toutefois, il y a désaccord en ce qui concerne l'obligation de consulter. L'adoption de lois qui sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait naître une obligation de consulter, et les lois adoptées en violation de cette obligation peuvent être contestées directement en vue d'obtenir réparation. L'honneur de la Couronne régit la relation qui unit le gouvernement du Canada et les peuples autochtones. Ce principe fait naître une obligation de consulter applicable à toutes les mesures gouvernementales envisagées susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus de traités, revendiqués ou établis, y compris aux mesures législatives.

L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones, que ce soit en exerçant ses pouvoirs législatifs ou ses pouvoirs exécutifs. Il s'agit d'un impératif constitutionnel qui donne naissance à des obligations de la Couronne que les tribunaux sont appelés à faire respecter. Lorsque le gouvernement envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des droits ancestraux ou issus de traités, l'honneur de la Couronne fait naître une obligation de consulter et d'accommoder. Cette obligation de consulter est plus qu'un simple moyen de respecter le principe de l'honneur de la Couronne. Il ne s'agit pas de savoir si l'obligation de consulter convient dans les circonstances, mais de savoir si l'obligation de consulter s'applique à la décision.

Comme l'honneur de la Couronne imprègne l'ensemble des rapports du gouvernement avec les peuples autochtones, l'obligation de consulter doit s'appliquer à

which are subject to scrutiny under s. 35. This includes the enactment of legislation. This conclusion flows from the jurisprudential development of the duty to consult from an aspect of the infringement and justification analysis in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to an independent obligation in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] S.C.R. 511. No longer confined to the justification context, the duty to consult now forms part of the essential legal framework of Aboriginal law, and requires consultation wherever the potential for adverse effects on claimed or established s. 35 rights arises. This approach recognizes that the legislative sphere is not excluded from the honour of the Crown. Endorsing such a void in the honour of the Crown would create a corresponding gap in the s. 35 framework, leaving Aboriginal rights-holders vulnerable to the same government objectives carried out through legislative, rather than executive, action.

Although parliamentary sovereignty and parliamentary privilege are central to ensuring that the legislative branch of government is able to do its work without undue interference, these concepts cannot displace the honour of the Crown. The issues in this appeal require this Court to reconcile, not choose between, protecting the legislative process from judicial interference and protecting Aboriginal rights from the legislative process. The right of Aboriginal groups to be consulted on decisions that may adversely affect their interests is not merely political, but a legal right with constitutional force. Cases which advocate against intrusion into the parliamentary process must therefore be read in the context of a duty that is not only a constitutional imperative, but a recognition of the limits of Crown sovereignty itself. Parliamentary sovereignty should not be interpreted in a way that eradicates obligations under the honour of the Crown. Like all constitutional principles, parliamentary sovereignty must be balanced against other aspects of the constitutional order, including the duty to consult.

Although parliamentary sovereignty cannot displace the honour of the Crown, its force as a constitutional principle must be given adequate weight to achieve an appropriate balance between these concepts. The flexibility inherent in the duty to consult doctrine should be

l'exercice de tous les pouvoirs qui sont assujettis à un examen fondé sur l'art. 35. Ces pouvoirs comprennent l'adoption des lois. Cette conclusion découle de l'évolution jurisprudentielle de l'obligation de consulter, qui est passée d'un aspect de l'analyse de l'atteinte et de la justification dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à une obligation indépendante dans *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511. N'étant plus limitée au contexte de la justification, l'obligation de consulter fait désormais partie du cadre juridique essentiel du droit des Autochtones et exige une consultation chaque fois que des mesures sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits revendiqués ou établis qui sont protégés par l'art. 35. Cette approche reconnaît que la sphère législative n'échappe pas au principe de l'honneur de la Couronne. Approuver une telle lacune dans le principe de l'honneur de la Couronne créerait également un vide dans le cadre d'analyse régissant l'art. 35, laissant les titulaires de droits ancestraux vulnérables aux mêmes objectifs gouvernementaux réalisés grâce à des mesures législatives plutôt qu'exécutives.

Même si les concepts de souveraineté et de privilège parlementaires sont fondamentaux pour assurer que la branche législative du gouvernement est en mesure de s'acquitter de son travail sans interférence indue, ils ne peuvent pas supplanter le principe de l'honneur de la Couronne. Les questions soulevées par le présent appel exigent que la Cour concilie la protection du processus législatif contre l'interférence des tribunaux et la protection des droits autochtones contre le processus législatif, plutôt que de choisir entre elles. Le droit des groupes autochtones d'être consultés quant aux décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts n'est pas simplement politique. Il s'agit d'un droit juridique ayant force constitutionnelle. Les décisions qui préconisent une protection contre l'ingérence dans le processus parlementaire doivent donc être interprétées dans le contexte d'une obligation qui ne constitue pas seulement un impératif constitutionnel, mais qui consiste en une reconnaissance des limites de la souveraineté de la Couronne elle-même. La souveraineté parlementaire ne saurait être interprétée de manière à écarter des obligations découlant de l'honneur de la Couronne. Comme tous les principes constitutionnels, la souveraineté parlementaire doit être mise en balance avec d'autres aspects de l'ordre constitutionnel, dont l'obligation de consulter.

Même si la souveraineté parlementaire ne peut supplanter l'honneur de la Couronne, il importe de donner à sa force en tant que principe constitutionnel le poids qui convient afin d'atteindre un juste équilibre entre ces concepts. La souplesse inhérente à la doctrine de

used to account for the wider area of discretion that legislatures must be afforded in the legislative context. Since the content of the duty to consult depends heavily on the circumstances, there is no reason why the unique challenges raised in the legislative sphere cannot be addressed by the spectrum of consultation and accommodation duties. Further, not every legislative effort triggers the duty to consult — it is triggered only where the Crown, with knowledge of the potential existence of the Aboriginal right or title in question, contemplates enacting legislation that might adversely affect it.

The procedure and scope of remedies available where the government breaches its duty to consult in the law-making process is also limited by the constitutional balance between the judiciary and the legislature. Institutional constraints in the legislative context require that applicants challenge existing legislation. It would unduly interfere with the legislative process to allow direct challenges to a legislature's procedure prior to the enactment of legislation. While it is not the role of the courts to dictate the procedures legislatures adopt, they may consider whether the chosen process accords with the special relationship between the Crown and Indigenous peoples. Challenging existing legislation on procedural grounds is not a novel proposition in Canadian law.

A successful *Haida Nation* challenge will not, however, necessarily invalidate legislation. The duty to consult is about encouraging governments to consider their effects on Indigenous communities and consult proactively, and should not replace the *Sparrow* infringement and justification test or become a means by which legislation is routinely struck down. Without ruling out the possibility that in certain cases legislation enacted in breach of the duty to consult could be struck down, a declaration will generally be the appropriate remedy. This allows courts to shape the legal framework while respecting the constitutional role of another branch of government to act within those constraints. Therefore, an Indigenous group will be entitled to declaratory relief where the Crown has failed to consult during the process leading to the enactment of legislation that could adversely affect its interests.

l'obligation de consulter devrait être utilisée pour tenir compte du pouvoir discrétionnaire plus large dont le législateur doit pouvoir jouir dans le contexte législatif. Puisque la portée de l'obligation de consulter est fortement tributaire des circonstances, il n'y a aucune raison pour laquelle l'éventail des obligations de consulter et d'accommoder qui peuvent prendre naissance ne suffit pas pour répondre aux difficultés singulières soulevées dans la sphère législative. En outre, les mesures législatives ne vont pas toutes déclencher l'obligation de consulter. Cette obligation est déclenchée uniquement lorsque la Couronne, ayant connaissance de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral en cause, envisage d'adopter une loi qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou ce titre.

La procédure applicable et l'étendue des mesures de réparation lorsque le gouvernement manque à son obligation de consulter dans le contexte du processus législatif sont également limitées par la mise en balance constitutionnelle entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Les contraintes institutionnelles dans le contexte législatif exigent que les demandeurs contestent la loi existante. Autoriser les contestations directes de la procédure parlementaire avant l'adoption de la loi empiéterait indûment sur le processus législatif. Bien que les tribunaux n'aient pas pour rôle de dicter les procédures que les législateurs doivent adopter, ils peuvent néanmoins examiner si le processus choisi concorde avec la relation particulière qu'entretient la Couronne avec les peuples autochtones. Contester une loi existante sur le fondement de vices de procédure n'est pas nouveau en droit canadien.

Toutefois, une contestation fondée sur l'arrêt *Nation haida*, si elle était accueillie, n'invaliderait pas nécessairement la loi attaquée. L'obligation de consulter vise à encourager les gouvernements à tenir compte des effets des mesures qu'ils adoptent sur les collectivités autochtones et à consulter de façon proactive. Elle ne devrait pas remplacer le test de l'atteinte et de la justification énoncé dans l'arrêt *Sparrow* ou devenir un moyen de routine pour invalider la loi. Sans écarter la possibilité que, dans certains cas, une loi adoptée en violation de l'obligation de consulter puisse être invalidée, la mesure de redressement généralement appropriée prendra la forme d'une déclaration, qui permet aux tribunaux de façonner le cadre juridique tout en respectant le rôle constitutionnel d'une autre branche de l'État d'agir à l'intérieur de ces limites. Par conséquent, un groupe autochtone a droit à un jugement déclaratoire si la Couronne ne l'a pas consulté durant le processus menant à l'édiction d'une loi qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ses intérêts.

Per Brown J.: There is agreement that the appeal should be dismissed on the grounds that the Federal Court did not have jurisdiction to consider the application for judicial review.

Even absent this jurisdictional bar, however, the separation of powers, parliamentary privilege, the scope of judicial review properly understood and the existing jurisprudence on the duty to consult all lead to the conclusion that the Mikisew's application for judicial review cannot succeed. The entire law-making process — from initial policy development to and including royal assent — is an exercise of legislative power which is immune from judicial interference. The making of policy choices is a legislative function, while the implementation and administration of those choices is an executive function. This precludes judicial imposition of a duty to consult in the course of the law-making process.

The formulation and introduction of bills is protected from judicial review by the separation of powers. In order for each branch of the Canadian state — legislative, executive and judiciary — to fulfill its role, it must not be unduly interfered with by the others. Ministers of the Crown play an essential role in, and are an integral part of, the legislative process. Their dual membership in the executive and legislative branches of the Canadian state does not render their corresponding executive and legislative roles indistinguishable for the purposes of judicial review. In the instant case, federal ministers took a set of policy decisions that eventually led to the drafting of a legislative proposal, and then to the formulation and introduction of the omnibus bills in the House of Commons. All of these actions form part of the legislative process of introducing bills in Parliament and were taken by the ministers acting in a legislative capacity.

The formulation and introduction of bills is also protected from judicial review by parliamentary privilege, which is understood as freedom from interference with the parliamentary work of a Member of Parliament. Parliamentary privilege is essential to allowing Parliament to perform its constitutional functions by giving it the right to exercise unfettered freedom in the formulation, tabling, amendment, and passage of legislation. While parliamentary privilege operates within certain constraints imposed by the Constitution, the duty to consult is distinct from the constitutionally mandated manner and form requirements with which Parliament must comply in order to enact valid legislation. The only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the

Le juge Brown : Il y a accord pour dire que l'appel devrait être rejeté parce que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour examiner la demande de contrôle judiciaire.

Même en faisant fi de cet obstacle juridictionnel, tant la séparation des pouvoirs que le privilège parlementaire, ainsi que la portée bien interprétée du contrôle judiciaire et la jurisprudence existante de la Cour sur l'obligation de consulter mènent à la conclusion que la demande de contrôle judiciaire des Mikisew ne peut pas être accueillie. L'ensemble du processus législatif — de l'élaboration initiale des politiques à la sanction royale inclusivement — constitue un exercice du pouvoir législatif qui est à l'abri de l'ingérence des tribunaux. Les choix politiques relèvent du pouvoir législatif, tandis que leur mise en œuvre et leur administration incombent au pouvoir exécutif. Cela empêche les tribunaux d'imposer une obligation de consulter dans le cadre du processus législatif.

La formulation et le dépôt des projets de loi échappent au contrôle judiciaire du fait de la séparation des pouvoirs. Pour que chacun des pouvoirs de l'État canadien — le législatif, l'exécutif et le judiciaire — puisse jouer son rôle, il faut qu'ils n'empiètent pas indûment les uns sur les autres. Les ministres de la Couronne jouent un rôle essentiel dans le processus législatif dont ils font partie intégrante. Leur appartenance aux pouvoirs tant exécutif que législatif de l'État canadien ne rend pas leurs rôles dans l'une ou l'autre de ces branches indissociables aux fins du contrôle judiciaire. Dans la présente affaire, des ministres fédéraux ont pris une série de décisions politiques, qui ont mené à la rédaction d'une proposition législative et, ensuite, à l'élaboration des projets de loi omnibus et à leur dépôt à la Chambre des communes. Toutes ces mesures appartenaient au processus législatif qui consiste à déposer des projets de loi au Parlement et elles ont été prises par des ministres qui agissaient en leur capacité législative.

La formulation et le dépôt des projets de loi échappent également au contrôle judiciaire du fait du privilège parlementaire, lequel consiste en une protection contre l'ingérence dans le travail parlementaire des députés. Le principe du privilège parlementaire est essentiel pour que le Parlement s'acquitte de ses fonctions constitutionnelles, puisqu'il lui accorde le droit d'exercer une liberté absolue pour ce qui est de la formulation, du dépôt, de la modification et de l'adoption d'une loi. S'il est vrai que le privilège parlementaire s'applique sous réserve de certaines contraintes imposées par la Constitution, l'obligation de consulter se distingue des exigences quant aux modalités et à la forme imposées par la Constitution que doit respecter le législateur afin d'adopter une loi valide. Tout ce

Senate and House of Commons and that it receive royal assent. While the Constitution's status as the supreme law of Canada operates to render of no force and effect enacted legislation that is inconsistent with its provisions, it does not empower plaintiffs to override parliamentary privilege.

The development, introduction, consideration and enactment of bills is not Crown conduct which triggers the duty to consult. Crown conduct triggering this duty must be understood as excluding the parliamentary functions of the Canadian state. The steps taken as part of the parliamentary process of law-making, including royal assent, are not the vehicle through which the Crown acts. The exercise of Crown authority in enacting legislation (assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills) is legislative. It is not an instance of Crown conduct — that is, executive conduct — which can trigger the duty to consult. The Crown does not enact legislation, Parliament does.

Consequently, judicial review of the legislative process, including *post-facto* review of the process of legislative enactment, for adherence to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and for consistency with the honour of the Crown, is unconstitutional. That this is so, should not, however, be seen to diminish the value and wisdom of consulting Indigenous peoples prior to enacting legislation that has the potential to adversely impact the exercise of Aboriginal or treaty rights. Consultation during the legislative process is an important consideration in the justification analysis under s. 35. But the absence or inadequacy of consultation may be considered only once the legislation at issue has been enacted, and then, only in respect of a challenge under s. 35 to the substance or the effects of such enacted legislation, as opposed to a challenge to the legislative process.

Raising the possibility that legislation which adversely affects s. 35 rights might be declared inconsistent with the honour of the Crown undercuts the same principles of separation of powers and parliamentary privilege that lead to the conclusion that imposing the duty to consult would be inappropriate in the circumstances of this case. Further, this would cast the law into considerable uncertainty for all who rely upon the efficacy of validly enacted and constitutionally compliant laws.

qu'un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c'est qu'un projet de loi fasse l'objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu'il reçoive la sanction royale. Bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada et qu'elle rende inopérante toute loi incompatible avec ses dispositions, elle ne permet pas aux demandeurs d'écarter le privilège parlementaire.

L'élaboration, le dépôt, l'examen et l'adoption des projets de loi ne constituent pas des conduites de la Couronne qui donnent naissance à l'obligation de consulter. La conduite de la Couronne qui fait naître cette obligation exclut les fonctions parlementaires de l'État canadien. Les étapes suivies dans le cadre du processus parlementaire d'élaboration des lois, y compris la sanction royale, ne sont pas le moyen par lequel la Couronne agit. L'exercice de son pouvoir dans l'adoption des lois (lorsqu'elle sanctionne les projets de loi, qu'elle refuse de les sanctionner ou qu'elle réserve sa décision) est de nature législative. Il ne s'agit pas d'une conduite de la Couronne — c'est-à-dire d'une conduite de nature exécutive — qui peut donner naissance à l'obligation de consulter. La Couronne n'adopte pas les lois. C'est le Parlement qui le fait.

Par conséquent, procéder au contrôle judiciaire du processus législatif, en contrôlant notamment, après le fait, le processus d'adoption des lois pour vérifier leur conformité à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à l'honneur de la Couronne, est inconstitutionnel. Le fait qu'il en soit ainsi ne diminue pas la valeur et la sagesse inhérentes à la consultation des peuples autochtones avant l'adoption de lois susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités. La consultation durant le processus législatif est une considération importante dans l'analyse de la justification au regard de l'art. 35. Toutefois, l'absence de consultation ou les lacunes de ce processus ne peuvent être examinées qu'une fois la loi adoptée, et encore, uniquement dans le contexte d'une contestation, fondée sur l'art. 35, de la teneur de la loi ainsi adoptée ou de ses effets, par opposition à une contestation du processus législatif.

Soulever la possibilité qu'une loi qui aurait un effet préjudiciable sur des droits protégés par l'art. 35 soit déclarée incompatible avec l'honneur de la Couronne mine les principes mêmes de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire qui mènent à la conclusion selon laquelle l'imposition de l'obligation de consulter constituerait une entrave indue dans les circonstances de la présente cause. De plus, cela jetterait le droit dans une incertitude considérable pour toutes les personnes qui se fient sur l'efficacité des lois valablement adoptées et conformes à la Constitution.

Per Moldaver, Côté and Rowe JJ.: There is agreement with Brown J. In addition, the fact that the duty to consult has not been recognized as a procedural requirement in the legislative process does not leave Aboriginal claimants without effective means to have their rights, which are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, vindicated by the courts. When legislation has been adopted, those who assert that the effect of the legislation is to infringe s. 35 rights have their remedies under the infringement and justification framework set out in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Those who assert that government decisions made pursuant to the legislation's authority will adversely affect their claims can rely on the duty to consult first recognized in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] S.C.R. 511. Where new situations arise that require the adaptation or extension of the existing jurisprudence, the courts provide a means for further development of the law. No such requirement has been shown on the facts of this case. The current jurisprudence provides for protection and vindication of Aboriginal rights while upholding the constitutional principles of parliamentary sovereignty and the separation of powers.

Furthermore, recognizing a constitutionally mandated duty to consult during the process of preparing legislation would be highly disruptive to the carrying out of that work. The preparation of legislation is not a simple process. Rather, it is a highly complex process involving multiple actors across government. Imposing a duty to consult at this stage could effectively grind the day-to-day internal operation of government to a halt. What is now complex and difficult could become drawn out and dysfunctional.

Finally, an additional and serious consequence of recognizing a duty to consult during the law-making process would be the interventionist role that the courts would be called upon to play in order to supervise interactions between Indigenous parties and those preparing legislation for consideration by Parliament and by provincial legislatures. If a duty to consult were to be imposed on the legislative process, disputes would arise about the way that this obligation would be fulfilled. Affected parties would inevitably turn to the courts, who would be drawn into a supervisory role as to the operation of a duty to consult in the preparation of legislation. The courts are ill-equipped to deal with the procedural complexities of the legislative

Les juges Moldaver, Côté et Rowe : Il y a accord avec le juge Brown. De plus, le fait que l'obligation de consulter n'a pas été reconnue comme exigence procédurale dans le cadre du processus législatif ne prive pas les demandeurs autochtones de tout moyen efficace de faire reconnaître par les tribunaux les atteintes à leurs droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Quand une loi est adoptée, les parties qui soutiennent qu'elle a pour effet de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35 disposent de recours fondés sur le cadre d'analyse relatif à l'atteinte et à la justification exposé dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Celles qui prétendent qu'une décision prise par le gouvernement en vertu du pouvoir que lui confère cette loi nuira à un droit qu'elles revendiquent peuvent invoquer l'obligation de consulter reconnue pour la première fois dans l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511. Lorsque surviennent de nouvelles situations où il faut adapter ou étendre la jurisprudence existante, les tribunaux constituent un moyen de faire évoluer le droit davantage. Le besoin de le faire n'a toutefois pas été démontré au vu des faits de l'espèce. La jurisprudence actuelle prévoit la protection et la défense des droits ancestraux tout en assurant le respect des principes constitutionnels de la souveraineté parlementaire et de la séparation des pouvoirs.

Qui plus est, si l'on reconnaissait l'existence d'une obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones durant le processus de l'élaboration des projets de loi, cela perturberait grandement l'exécution de ce travail. L'élaboration des projets de loi n'est pas un processus simple. Il s'agit plutôt d'un processus fort complexe qui mobilise de nombreux acteurs au sein du gouvernement. L'imposition de l'obligation de consulter à ce stade pourrait en fait paralyser le fonctionnement interne au quotidien du gouvernement. Ce qui est aujourd'hui complexe et difficile risquerait de devenir interminable et dysfonctionnel.

Enfin, reconnaître l'existence d'une obligation de consulter pendant le processus législatif aurait une autre conséquence sérieuse : les tribunaux seraient appelés à intervenir pour superviser les interactions entre les parties autochtones et les responsables de l'élaboration des projets de loi soumis à l'examen du Parlement et des législatures provinciales. Si une obligation de consulter durant le processus législatif devait être imposée, des différends se soulevaient quant à la façon de s'acquitter de cette obligation. Les parties concernées s'adresseraient inévitablement aux tribunaux, qui seraient appelés à surveiller l'exécution d'une obligation de consulter durant l'élaboration des projets de loi. Les tribunaux sont mal outillés

process. If a legislature chooses to participate in consultation with Indigenous peoples, the stage at which such consultation takes place is a matter of discretion. Interference by a court in the exercise of that discretion would offend the separation of powers. Engaging the courts in regulating the exercise by Parliament and legislatures of their powers and privileges would be a profound change in Canada's system of government.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, 2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Shade v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 327, 230 F.T.R. 53; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Delgamuukw v. British Columbia*,

pour traiter des considérations procédurales complexes associées au processus législatif. Si un législateur décide de prendre part à une consultation avec des peuples autochtones, le stade auquel se tiendrait cette consultation relèverait de son pouvoir discrétionnaire. L'intervention des tribunaux à l'égard de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs. Amener les tribunaux à encadrer l'exercice par le Parlement et les législatures de leurs pouvoirs et privilèges transformerait de fond en comble le système de gouvernement au Canada.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, 2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Shade c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 327; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Nation Tsilhqot'in c.*

[1997] 3 S.C.R. 1010; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234.

By Abella J.

Considered: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia*, 2016 SCC 49, [2016] 2 S.C.R. 407, rev'g (2015), 71 B.C.L.R. (5th) 223; **referred to:** *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Gallant v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Mohawks of the Bay of Quinte v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 669, 434 F.T.R. 241.

Colombie-Britannique, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.

Citée par la juge Abella

Arrêts examinés : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2017 CSC 41, [2017] 1 R.C.S. 1099; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *British Columbia Teachers' Federation c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 49, [2016] 2 R.C.S. 407, inf. (2015), 71 B.C.L.R. (5th) 223; **arrêts mentionnés :** *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Gallant c. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Mohawks of the Bay of Quinte c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, 2013 CF 669.

By Brown J.

Considered: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Anisman v. Canada Border Services Agency*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91, [2015] 4 F.C.R. 3; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Case of Proclamations (1611)*, 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, 2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623.

By Rowe J.

Considered: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 SCC 26, [2013] 2 S.C.R.

Citée par le juge Brown

Arrêt examiné : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3; *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Case of Proclamations (1611)*, 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, 2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623.

Citée par le juge Rowe

Arrêts examinés : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2

227; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

Statutes and Regulations Cited

Act of Settlement (Eng.), 12 & 13 Will. 3, c. 2.
Bill of Rights (Eng.), 1 Will. & Mar., Sess. 2, c. 2, art. 9.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.
Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s. 52.
Constitution Act, 1867, preamble, Part IV, ss. 17, 48, 49, 54, 55.
Constitution Act, 1982, ss. 35, 52.
Department of Fisheries and Oceans Act, R.S.C. 1985, c. F-15.
Department of Indian Affairs and Northern Development Act, R.S.C. 1985, c. I-6.
Department of Natural Resources Act, S.C. 1994, c. 41.
Department of the Environment Act, R.S.C. 1985, c. E-10.
Department of Transport Act, R.S.C. 1985, c. T-18.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) “Crown”, “federal board, commission or other tribunal”, 2(2) 17, 18, 18.1, 28.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 57.
Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11.
Fisheries Act, R.S.C. 1985, c. F-14.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Jobs and Growth Act, 2012, S.C. 2012, c. 31.
Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act, S.C. 2012, c. 19.
Magna Carta (1215).
Navigation Protection Act [previously the *Navigable Waters Protection Act*], R.S.C. 1985, c. N-22.
Nisga’a Final Agreement Act, S.B.C. 1999, c. 2.
Nisga’a Final Agreement Act, S.C. 2000, c. 7.
Royal Proclamation (1763) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 1).

R.C.S. 386; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, [2013] 2 R.C.S. 227; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

Lois et règlements cités

Act of Settlement (Angl.), 12 & 13 Will. 3, c. 2.
Bill of Rights (Angl.), 1 Will. & Mar., sess. 2, c. 2, art. 9.
Charte canadienne des droits et libertés.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III.
Loi canadienne sur l’évaluation environnementale, L.C. 1992, c. 37.
Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012), L.C. 2012, c. 19, art. 52.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, partie IV, art. 17, 48, 49, 54, 55.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 52.
Loi de 2012 sur l’emploi et la croissance, L.C. 2012, c. 31.
Loi sur l’accord définitif nisga’a, L.C. 2000, c. 7.
Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable, L.C. 2012, c. 19.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, c. F-11.
Loi sur la protection de la navigation [auparavant la *Loi sur la protection des eaux navigables*], L.R.C. 1985, c. N-22.
Loi sur le ministère de l’Environnement, L.R.C. 1985, c. E-10.
Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, L.R.C. 1985, c. I-6.
Loi sur le ministère des Pêches et des Océans, L.R.C. 1985, c. F-15.
Loi sur le ministère des Ressources naturelles, L.C. 1994, c. 41.
Loi sur le ministère des Transports, L.R.C. 1985, c. T-18.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2(1) « Couronne », « office fédéral », 2(2), 17, 18, 18.1, 28.
Loi sur les espèces en péril, L.C. 2002, c. 29.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.
Loi sur les pêches, L.R.C. 1985, c. F-14.
Magna Carta (1215).

Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29.

Treaties and Agreements

Nisga'a Final Agreement (1999), c. 11, paras. 30, 31.
Treaty No. 8 (1899).

Authors Cited

- Bankes, Nigel. "The Duty to Consult and the Legislative Process: But What About Reconciliation?" (2016) (online: <https://ablawg.ca/2016/12/21/the-duty-to-consult-and-the-legislative-process-but-what-about-reconciliation/>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_1_eng.pdf).
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).
- Canada. Privy Council. *Guide to Making Federal Acts and Regulations*. 2nd ed. Ottawa: Privy Council/Dept. of Justice Canada, 2001.
- Davis, Zachary. "The Duty to Consult and Legislative Action" (2016), 79 *Sask. L. Rev.* 17.
- Dickson, Jamie D. *The Honour and Dishonour of the Crown: Making Sense of Aboriginal Law in Canada*. Saskatoon: Purich Publishing, 2015.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Maingot, J. P. Joseph. *Parliamentary Immunity in Canada*. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Manitoba. "Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal Communities" (May 4, 2009) (online: <https://www.gov.mb.ca/inr/resources/pubs/interim%20prov%20policy%20for%20crown%20consultation%20-%202009.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_2_eng.pdf).
- McCabe, J. Timothy S. *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Newman, Dwight G. *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2014.
- O. Hood Phillips, Paul Jackson and Patricia Leopold. *O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and Administrative Law*, 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 2001.

Nisga'a Final Agreement Act, S.B.C. 1999, c. 2.
Proclamation royale (1763) (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 57.

Traités et ententes

Accord définitif Nisga'a (1999), c. 11, art. 30, 31.
Traité n° 8 (1899).

Doctrine et autres documents cités

- Bankes, Nigel. « The Duty to Consult and the Legislative Process : But What About Reconciliation? » (2016) (en ligne : <https://ablawg.ca/2016/12/21/the-duty-to-consult-and-the-legislative-process-but-what-about-reconciliation/>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_1_eng.pdf).
- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).
- Canada. Conseil privé. *Lois et règlements : l'essentiel*, 2^e éd., Ottawa, Conseil Privé/Ministère de la Justice Canada, 2001.
- Davis, Zachary. « The Duty to Consult and Legislative Action » (2016), 79 *Sask. L. Rev.* 17.
- Dickson, Jamie D. *The Honour and Dishonour of the Crown : Making Sense of Aboriginal Law in Canada*, Saskatoon, Purich Publishing, 2015.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Maingot, J. P. Joseph. *Parliamentary Immunity in Canada*, Toronto, LexisNexis, 2016.
- Manitoba. « Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal Communities » (4 mai 2009) (en ligne : <https://www.gov.mb.ca/inr/resources/pubs/interim%20prov%20policy%20for%20crown%20consultation%20-%202009.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_2_eng.pdf).
- McCabe, J. Timothy S. *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.
- Newman, Dwight G. *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich Publishing, 2014.
- O. Hood Phillips, Paul Jackson and Patricia Leopold. *O. Hood Phillips & Jackson : Constitutional and Administrative Law*, 8th ed, London, Sweet & Maxwell, 2001.

Quebec. Interministerial Support Group on Aboriginal Consultation. *Interim Guide for Consulting the Aboriginal Communities*, Québec, 2008.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated November 2017, release 30).

Robert, Charles. “The Role of the Crown-in-Parliament: A Matter of Form and Substance”, in Michel Bédard and Philippe Lagassé, eds., *The Crown and Parliament*. Montréal: Yvon Blais, 2015, 95.

Saskatchewan. “First Nation and Métis Consultation Policy Framework” (June 2010) (online: <http://publications.gov.sk.ca/documents/313/98187-Consultation%20-Policy20-Framework.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_3_eng.pdf).

Slattery, Brian. “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.

Walters, Mark D. “The Morality of Aboriginal Law” (2006), 31 *Queen’s L.J.* 470.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Webb and de Montigny JJ.A.), 2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298, 405 D.L.R. (4th) 721, 5 C.E.L.R. (4th) 302, [2017] 1 C.N.L.R. 354, [2016] F.C.J. No. 1389 (QL), 2016 CarswellNat 6599 (WL Can.), setting aside a declaration of Hughes J., 2014 FC 1244, 470 F.T.R. 243, 93 C.E.L.R. (3d) 199, [2015] 1 C.N.L.R. 243, [2014] F.C.J. No. 1308 (QL), 2014 CarswellNat 5539 (WL Can.). Appeal dismissed.

Robert J. M. Janes, Q.C., Karey Brooks and Estella White, for the appellant.

Christopher M. Rupar and Cynthia Dickins, for the respondents.

Samuel Chayer, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William Gould and Rachelle Standing, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Glen R. Thompson and Heather Cochran, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Québec. Groupe interministériel de soutien sur la consultation des Autochtones. *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, Québec, 2008.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*, 2nd ed., Toronto, Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated November 2017, release 30).

Robert, Charles. « The Role of the Crown-in-Parliament : A Matter of Form and Substance », dans Michel Bédard et Philippe Lagassé, dir., *La Couronne et le Parlement*, Montréal, Yvon Blais, 2015, 95.

Saskatchewan. « First Nation and Métis Consultation Policy Framework » (juin 2010) (en ligne : <http://publications.gov.sk.ca/documents/313/98187-Consultation%20-Policy20-Framework.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC40_3_eng.pdf).

Slattery, Brian. « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433.

Walters, Mark D. « The Morality of Aboriginal Law » (2006), 31 *Queen’s L.J.* 470.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, Webb et de Montigny), 2016 CAF 311, [2017] R.C.F. 298, 405 D.L.R. (4th) 721, 5 C.E.L.R. (4th) 302, [2017] 1 C.N.L.R. 354, [2016] A.C.F. n° 1389 (QL), 2016 CarswellNat 9957 (WL Can.), qui a infirmé un jugement déclaratoire du juge Hughes, 2014 CF 1244, 470 F.T.R. 243, 93 C.E.L.R. (3d) 199, [2015] 1 C.N.L.R. 243, [2014] A.C.F. n° 1308 (QL), 2014 CarswellNat 8413 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Robert J. M. Janes, c.r., Karey Brooks et Estella White, pour l’appelant.

Christopher M. Rupar et Cynthia Dickins, pour les intimés.

Samuel Chayer, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

William Gould et Rachelle Standing, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Glen R. Thompson et Heather Cochran, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Richard James Fyfe, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Krista Epton, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Gregory J. McDade, Q.C., and *Kate Blomfield*, for the interveners the Champagne and Aishihik First Nations, the Kwanlin Dün First Nation, the Little Salmon Carmacks First Nation, the First Nation of Na-Cho Nyak Dun, the Teslin Tlingit Council and the First Nations of the Maa-nulth Treaty Society.

Julie McGregor and *Stuart Wuttke*, for the intervener the Assembly of First Nations.

John Hurley and *François Dandonneau*, for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government.

Jason T. Madden, Alexandria Winterburn and *Megan Strachan*, for the intervener the Manitoba Metis Federation Inc.

Brandon Kain, Bryn Gray and *Asher Honickman*, for the intervener the Advocates for the Rule of Law.

Victor Carter, Allison Lachance and *Darryl Korrell*, for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Karenna Williams and *Jeff Huberman*, for the intervener the Gitanyow Hereditary Chiefs.

The judgment of Wagner C.J. and Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[1] Since this Court's landmark decision in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, the duty to consult has played a critical role in ensuring that Aboriginal and treaty rights receive meaningful protection. Grounded in the honour of the Crown, this duty

Richard James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Krista Epton, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Gregory J. McDade, c.r., et *Kate Blomfield*, pour les intervenants Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council et First Nations of the Maa-nulth Treaty Society.

Julie McGregor et *Stuart Wuttke*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

John Hurley et *François Dandonneau*, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie.

Jason T. Madden, Alexandria Winterburn et *Megan Strachan*, pour l'intervenante la Fédération métisse du Manitoba.

Brandon Kain, Bryn Gray et *Asher Honickman*, pour l'intervenant Advocates for the Rule of Law.

Victor Carter, Allison Lachance et *Darryl Korrell*, pour l'intervenante Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Karenna Williams et *Jeff Huberman*, pour l'intervenant Gitanyow Hereditary Chiefs.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Karakatsanis et Gascon rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Aperçu

[1] Depuis l'arrêt de principe *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, l'obligation de consulter a joué un rôle central pour garantir une véritable protection aux droits ancestraux et issus de traités. Ancrée dans le principe de l'honneur de la Couronne,

requires the Crown to consult (and if appropriate, accommodate) Aboriginal peoples before taking action that may adversely affect their asserted or established rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The appellant Mikisew Cree First Nation argues that the Crown had a duty to consult them on the development of environmental legislation that had the potential to adversely affect their treaty rights to hunt, trap, and fish. This Court must therefore answer a vexing question it has left open in the past: Does the duty to consult apply to the law-making process?

[2] I conclude that it does not. Two constitutional principles — the separation of powers and parliamentary sovereignty — dictate that it is rarely appropriate for courts to scrutinize the law-making process. The process of law-making does not only take place in Parliament. Rather, it begins with the development of legislation. When ministers develop legislation, they act in a parliamentary capacity. As such, courts should exercise restraint when dealing with this process. Extending the duty to consult doctrine to the legislative process would oblige the judiciary to step beyond the core of its institutional role and threaten the respectful balance between the three pillars of our democracy. It would also transpose a consultation framework and judicial remedies developed in the context of executive action into the distinct realm of the legislature. Thus, the duty to consult doctrine is ill-suited to the law-making process; the law-making process does not constitute “Crown conduct” that triggers the duty to consult.

[3] This is not to suggest, however, that when the legislation undermines s. 35 rights, Aboriginal groups would be left without a remedy. Clearly, if legislation infringes s. 35, it may be declared invalid pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Further, the Crown’s honour may well require judicial intervention where legislation may adversely affect — but

l’obligation en question exige que cette dernière consulte les peuples autochtones (et, s’il y a lieu, trouve des accommodements) avant de prendre des mesures susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* faisant l’objet d’une revendication ou dont l’existence a été établie. L’appelante, la Mikisew Cree First Nation, soutient que la Couronne avait l’obligation de la consulter en ce qui concerne l’élaboration d’une loi de protection environnementale susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits de ses membres de chasser, de piéger et de pêcher garantis par traité. La Cour doit donc répondre à une question épineuse laissée à ce jour sans réponse : L’obligation de consulter s’applique-t-elle au processus législatif?

[2] Je conclus par la négative. Compte tenu de l’existence de deux principes constitutionnels — la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire —, il est rarement approprié que les tribunaux examinent de près le processus législatif. Celui-ci ne se déroule pas uniquement au Parlement. Il commence plutôt par l’élaboration des projets de loi. À ce stade, les ministres s’acquittent de fonctions parlementaires. Cela étant, les tribunaux doivent faire preuve de retenue lorsqu’ils se penchent sur ce processus. Étendre la doctrine de l’obligation de consulter au processus législatif obligerait l’organe judiciaire à outrepasser les aspects essentiels de son rôle institutionnel et menacerait l’équilibre respectueux qui règne entre les trois piliers de notre démocratie. Cela transposerait aussi un cadre de consultation et les recours judiciaires élaborés en relation avec des actes de l’exécutif dans la sphère distincte du législateur. Par conséquent, la doctrine de l’obligation de consulter ne convient pas au processus législatif; un processus qui ne constitue pas une « conduite de la Couronne », élément déclencheur de l’obligation de consulter.

[3] Cela ne veut toutefois pas dire que, lorsque la loi porte atteinte aux droits protégés par l’art. 35, les groupes autochtones ne disposent d’aucun recours. Évidemment, si une loi enfreint cette disposition, elle peut être déclarée invalide en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, l’honneur de la Couronne peut fort bien

does not necessarily infringe — Aboriginal or treaty rights. However, the resolution of such questions must be left to another day. In this appeal, the issue was framed in terms of whether the duty to consult doctrine should apply to the law-making process. I find that it should not.

II. Background

[4] The Mikisew are a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, whose traditional territory is situated primarily in northeastern Alberta. This is a region of immense beauty; it includes, for example, the lands and waters around Lake Athabasca, as well as the Peace-Athabasca Delta. This region is also home to significant existing and proposed oil sands development.

[5] The Mikisew are descendants of an Aboriginal group that, along with a number of other First Nations, adhered to Treaty No. 8 with Her Majesty in 1899. Under Treaty No. 8, First Nations ceded a large amount of land — much of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan, and the southern portion of the Northwest Territories — to the Crown in exchange for certain guarantees. Among these guarantees was a provision protecting the right of the signatories to hunt, trap, and fish:

And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes.

[6] The Mikisew's claim relates to two pieces of omnibus legislation that had significant effects on Canada's environmental protection regime. In April 2012, the federal Minister of Finance introduced

commander l'intervention des tribunaux lorsqu'une loi est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus de traités, sans nécessairement y porter atteinte. Il faudra toutefois régler ces questions à une autre occasion. Dans le présent pourvoi, la question en litige est celle de savoir si la doctrine de l'obligation de consulter devrait s'appliquer au processus législatif. Je conclus que non.

II. Contexte

[4] Les Mikisew forment une bande, au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, dont le territoire ancestral se trouve principalement dans le nord-est de l'Alberta. C'est une région d'une immense beauté qui comprend les terres et les eaux des environs du lac Athabasca ainsi que le delta Paix-Athabasca, et qui accueille des projets, proposés et existants, d'exploitation des sables bitumineux.

[5] Les Mikisew sont les descendants d'un groupe autochtone qui, avec plusieurs autres Premières Nations, a conclu le Traité n° 8 avec Sa Majesté en 1899. Aux termes de ce traité, les Premières Nations ont cédé à la Couronne une vaste superficie de terres — qui représente une grande partie de ce qui constitue aujourd'hui le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest — en contrepartie de certaines garanties, dont celle que leurs droits de chasse, de piégeage et de pêche seraient protégés :

[TRADUCTION] Et Sa Majesté la Reine CONVIENT PAR LES PRÉSENTES avec les dits Indiens qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, de commerce de bois, ou autres objets.

[6] La contestation des Mikisew concerne deux lois omnibus qui ont eu une incidence importante sur le régime canadien de protection environnementale. Au mois d'avril 2012, le ministre fédéral des

Bill C-38 (enacted as the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19), which received royal assent in June 2012. Later that year, the Minister introduced Bill C-45 (enacted as the *Jobs and Growth Act, 2012*, S.C. 2012, c. 31), which received royal assent in December 2012.

[7] These bills were broad in scope. Together, they resulted in the repeal of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, and the enactment of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52. They also resulted in significant amendments to the protection regime under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, as well as amendments to the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, and the *Navigable Waters Protection Act*, which was renamed the *Navigation Protection Act*, R.S.C. 1985, c. N-22.

[8] The Mikisew were not consulted on either of these omnibus bills at any stage in their development or prior to the granting of royal assent.

[9] The Mikisew brought an application for judicial review under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, seeking various declarations and orders concerning the respondent Ministers' duty to consult them with respect to the introduction and development of the omnibus bills.

[10] The reviewing judge, Hughes J., determined that the proceedings were not precluded by s. 2(2) of the *Federal Courts Act* and that they presented a justiciable issue (2014 FC 1244, 470 F.T.R. 243). He explained that judicial intervention in the law-making process is inconsistent with the separation of powers. Therefore, if the development of policy by ministers triggers a duty to consult, the judiciary cannot enforce this duty before a bill is introduced into Parliament. The reviewing judge then turned to determining whether a duty to consult was triggered in this case. He assumed that the steps that Cabinet ministers take during the law-making process prior

Finances a présenté le projet de loi C-38 (adopté sous le nom de *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, c. 19), qui a reçu la sanction royale au mois de juin 2012. Plus tard cette année-là, le ministre a présenté le projet de loi C-45 (adopté sous le nom de *Loi de 2012 sur l'emploi et la croissance*, L.C. 2012, c. 31), qui a reçu la sanction royale au mois de décembre 2012.

[7] Ces projets de loi avaient une large portée. Ensemble, ils ont mené à l'abrogation de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, c. 37, et à l'adoption de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, c. 19, art. 52. Ils apportaient également d'importantes modifications au régime de protection mis en place par la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F-14, et ils modifiaient la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, c. 29, ainsi que la *Loi sur la protection des eaux navigables*, qui a été renommée la *Loi sur la protection de la navigation*, L.R.C. 1985, c. N-22.

[8] Aucune consultation n'a été menée auprès des Mikisew quant aux deux projets de loi omnibus ni à quelque étape que ce soit de leur élaboration ni avant qu'ils ne reçoivent la sanction royale.

[9] Les Mikisew ont présenté une demande de contrôle judiciaire en vertu des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, par laquelle ils sollicitaient diverses déclarations et ordonnances relatives à l'obligation des ministres intimés de les consulter en ce qui concerne la présentation et l'élaboration des projets de loi omnibus.

[10] Le juge Hughes, saisi de la demande de contrôle, a conclu que le par. 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* n'avait pas pour effet d'exclure l'instance et que cette dernière comportait une question justiciable : 2014 CF 1244, 470 F.T.R. 243. Il a précisé qu'une intervention judiciaire dans le processus législatif contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs. Par conséquent, si l'élaboration d'une politique par les ministres déclenchait une obligation de consulter, les tribunaux ne peuvent voir à son application avant qu'un projet de loi soit déposé au Parlement. Le juge Hughes s'est ensuite demandé s'il existait une obligation de consulter en l'espèce.

to introducing a bill into Parliament can constitute Crown conduct triggering the duty to consult. He found that the proposals contained in the omnibus bills may adversely affect the Mikisew's treaty rights. Therefore, he concluded that the duty to consult was triggered. The Mikisew were entitled to notice of the provisions of the omnibus bills that reasonably might have been expected to affect their treaty rights, as well as an opportunity to make submissions. The Federal Court granted a declaration to this effect.

[11] The Federal Court of Appeal allowed the appeal (2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298). The majority, de Montigny and Webb J.J.A., concluded that the reviewing judge erred by conducting a judicial review of legislative action contrary to the *Federal Courts Act*. In its view, when ministers develop policy, they act in a legislative capacity and their actions are immune from judicial review. The majority also held that the reviewing judge's decision was inconsistent with the principles of parliamentary sovereignty, the separation of powers, and parliamentary privilege. These principles dictate that courts cannot supervise the legislative process. Further, imposing a duty to consult in the legislative process would be impractical and would fetter Parliament's law-making capacity.

[12] Concurring, Pelletier J.A. concluded that the *Federal Courts Act* did not preclude the Mikisew's claim. While the Federal Court may not have been validly seized of an application for judicial review, he determined that it nonetheless had jurisdiction over the matter under s. 17 of the *Federal Courts Act*, as the Mikisew sought relief against the Crown. Pelletier J.A. noted that it may be problematic to conclude that legislative action can *never* trigger the duty to consult. However, he concluded that the duty to consult is not triggered by legislation of general application that causes effects which are not limited

Il a tenu pour acquis que les mesures que prennent les ministres du Cabinet avant le dépôt d'un projet de loi au Parlement peuvent constituer une conduite de la Couronne qui déclenche l'obligation de consulter. Il a conclu que les propositions contenues dans les projets de loi omnibus étaient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits des Mikisew garantis par traité. Il a donc déclaré que l'obligation de consulter s'appliquait. Les Mikisew avaient le droit de recevoir un avis les informant des dispositions des projets de loi omnibus qui, raisonnablement, pouvaient porter préjudice à leurs droits issus de traités et de se voir offrir la possibilité de présenter des observations. La Cour fédérale a rendu une ordonnance déclaratoire en ce sens.

[11] La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel : 2016 CAF 311, [2017] 3 R.C.F. 298. Les juges de Montigny et Webb, majoritaires, ont conclu que le juge saisi de la demande de contrôle avait commis une erreur en procédant au contrôle judiciaire d'une mesure législative en contravention de la *Loi sur les Cours fédérales*. Selon la Cour d'appel, lorsque les ministres élaborent une politique, ils agissent à titre de législateurs et leurs actions ne sont pas assujetties au contrôle des tribunaux. Les juges majoritaires ont également conclu que la décision de première instance ne respectait pas les principes de la souveraineté parlementaire, de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire. Ces principes exigent que les tribunaux s'abstiennent de superviser le processus législatif. De plus, imposer une obligation de consulter dans le cadre du processus législatif serait peu pratique et entraverait la capacité législative du Parlement.

[12] Dans des motifs concordants, le juge Pelletier a conclu que la *Loi sur les Cours fédérales* ne faisait pas obstacle à la demande des Mikisew. Selon lui, bien que la Cour fédérale n'ait peut-être pas été valablement saisie d'une demande de contrôle judiciaire, elle avait néanmoins compétence sur l'affaire en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, puisque les Mikisew demandaient réparation contre la Couronne. Le juge Pelletier a signalé qu'il pourrait se révéler problématique de conclure qu'une mesure législative ne peut *en aucun cas* déclencher l'obligation de consulter. Toutefois, il a conclu que

to the specific rights at issue. Since the omnibus legislation was of this nature, the duty to consult was not triggered.

III. Analysis

A. *Jurisdiction*

[13] For the Federal Court to have jurisdiction over a claim, it must have a statutory grant of jurisdiction (*Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at para. 34).

[14] Two potential statutory grants of jurisdiction are live in this appeal: ss. 17 and 18 of the *Federal Courts Act*. I will address each in turn.

(1) Section 17 of the *Federal Courts Act*

[15] The Mikisew did not advance s. 17 as a basis for jurisdiction at first instance or in their submissions before this Court. However, Pelletier J.A. at the Federal Court of Appeal held that s. 17 was a basis for jurisdiction in this case. Further, while the Mikisew's initial application was framed as a judicial review under s. 18 (not s. 17), the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, provide that “[a]n originating document shall not be set aside only on the ground that a different originating document should have been used” (rule 57).

[16] Section 17(1) of the Act provides that the “Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown”. Further, s. 2(1) of the Act defines the “Crown” as “Her Majesty in right of Canada”. However, I agree that Her Majesty in right of Canada does not extend to executive actors when they are exercising “legislative power” (*Fédération Franco-ténoise v. Canada*, 2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641, at para. 58). Here, as I will explain, the Mikisew challenge actions which are uniformly legislative in character. It follows that their application is not

cette obligation ne prend pas naissance s’il s’agit d’une loi d’application générale dont les effets ne sont pas limités aux droits en cause. Comme les lois omnibus appartenaient à cette catégorie, l’obligation de consulter n’entraîne pas en jeu.

III. Analyse

A. *Compétence*

[13] Pour que la Cour fédérale puisse avoir compétence, la loi doit la lui avoir attribuée : *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, par. 34.

[14] Deux dispositions potentiellement attributives de compétence interviennent dans le présent pourvoi : les art. 17 et 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Je traiterai de chacune d’elles à tour de rôle.

(1) Article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*

[15] Les Mikisew n’ont pas invoqué l’art. 17 en tant que disposition attributive de compétence ni en première instance ni dans leur plaidoirie devant la Cour. Or, le juge Pelletier, de la Cour d’appel fédérale, a déclaré que cette disposition conférait une compétence en l’espèce. De plus, bien que la première demande des Mikisew ait été qualifiée de demande de contrôle judiciaire visée à l’art. 18 (et non à l’art. 17), les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, prévoient que « [l]a Cour n’annule pas un acte introductif d’instance au seul motif que l’instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d’instance » : règle 57.

[16] Aux termes du par. 17(1) de la Loi, la « Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne ». En outre, le par. 2(1) de la Loi définit la « Couronne » comme étant « Sa Majesté du chef du Canada ». Je reconnais toutefois que ce nom ne s’étend pas aux acteurs de l’exécutif qui exercent un « pouvoir législatif » : *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, 2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641, par. 58. En l’espèce, comme je l’expliquerai, les Mikisew contestent des mesures qui sont uniformément de nature législative. Par conséquent, leur demande ne vise

against “the Crown” in its executive capacity. Thus, the Federal Court lacked s. 17 jurisdiction over the Mikisew’s claim.

(2) Section 18 of the *Federal Courts Act*

[17] The Mikisew brought this case as an application for judicial review of the development of the omnibus legislation by the respondent Ministers under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. I agree with the conclusions and reasons of the majority of the Federal Court of Appeal that the Federal Court was not validly seized of an application for judicial review in this case.

[18] The *Federal Courts Act* does not allow for judicial review of parliamentary activities. Indeed, ss. 18 and 18.1 only grant the Federal Court jurisdiction to judicially review action taken by “any federal board, commission or other tribunal”. A “federal board, commission or other tribunal” is defined in the Act, subject to certain exceptions, as a body exercising statutory powers or powers under an order made pursuant to a prerogative of the Crown (s. 2; see also *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at para. 64). Section 2(2) specifies that “federal board, commission or other tribunal” does not include “the Senate, the House of Commons, any committee or member of either House”. Thus, I agree that s. 2(2) is designed “to preclude judicial review of the legislative process at large” (C.A. reasons, at para. 32). As I will explain further below, Cabinet and ministers do not act pursuant to statutory powers when developing legislation; rather, they act pursuant to powers under Part IV of the *Constitution Act, 1867*. As such, when developing legislation, they do not act as a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of s. 2 (see *Shade v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 327, 230 F.T.R. 53, at para. 34).

[19] Nonetheless, the parties have made extensive submissions on the substantive issues in this appeal. In these circumstances, it is important for this Court to determine whether the duty to consult applies to the law-making process.

pas « la Couronne » dans l’exercice de sa fonction exécutive. L’article 17 ne confère donc pas à la Cour fédérale compétence sur la demande des Mikisew.

(2) Article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*

[17] Les Mikisew ont déposé la présente demande de contrôle judiciaire, en application des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, à l’égard du processus d’élaboration des lois omnibus par les ministres intimés. Je souscris aux conclusions et aux motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale selon lesquels la Cour fédérale n’a pas été saisie à bon droit de la demande de contrôle judiciaire en l’espèce.

[18] La *Loi sur les Cours fédérales* n’autorise pas le contrôle judiciaire des activités parlementaires. En effet, les art. 18 et 18.1 ne confèrent à la Cour fédérale que la compétence de contrôler les actions d’un « office fédéral ». Il s’agit, au sens de la Loi, sous réserve de certaines exceptions, d’un organisme exerçant une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale : art. 2; voir aussi *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 64. Le paragraphe 2(2) précise que « le Sénat, la Chambre des communes, tout comité de l’une ou l’autre chambre, tout sénateur ou député » sont exclus de la définition d’« office fédéral ». Cette disposition vise donc à « empêcher le contrôle judiciaire de la filière législative en général » : Cour d’appel, par. 32. Comme je l’expliquerai plus en détail ultérieurement, le Cabinet et les ministres n’agissent pas en application de pouvoirs que leur confère la loi lorsqu’ils élaborent les textes législatifs; ils agissent plutôt en vertu des pouvoirs qui leur sont dévolus par la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, dans le cadre de leur fonction de législateurs, ils n’agissent pas comme un « office fédéral » au sens de l’art. 2 : voir *Shade c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 327, par. 34 (CanLII).

[19] Quoi qu’il en soit, les parties ont présenté des observations détaillées sur les questions de fond soulevées dans le présent pourvoi. Dans les circonstances, il est important que la Cour détermine si l’obligation de consulter s’applique au processus législatif.

B. *The Honour of the Crown and the Duty to Consult*

[20] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown (*Haida Nation*, at para. 16). Thus, I turn first to the principles that underlie the honour of the Crown and its relationship with the duty to consult.

[21] The honour of the Crown is a foundational principle of Aboriginal law and governs the relationship between the Crown and Aboriginal peoples. It arises from “the Crown’s assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people” and goes back to the *Royal Proclamation* of 1763 (*Haida Nation*, at para. 32; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 66). It recognizes that the tension between the Crown’s assertion of sovereignty and the pre-existing sovereignty, rights and occupation of Aboriginal peoples creates a special relationship that requires that the Crown act honourably in its dealings with Aboriginal peoples (*Manitoba Metis*, at para. 67; B. Slattery, “Aboriginal Rights and the Honour of the Crown” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 436).

[22] The underlying purpose of the honour of the Crown is to facilitate the reconciliation of these interests (*Manitoba Metis*, at paras. 66-67). One way that it does so is by promoting negotiation and the just settlement of Aboriginal claims as an alternative to litigation and judicially imposed outcomes (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24). This endeavour of reconciliation is a first principle of Aboriginal law.

[23] The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *Manitoba Metis*, at paras. 68-72). As it emerges from the Crown’s assertion of sovereignty, it binds the Crown *qua* sovereign.

B. *L’honneur de la Couronne et l’obligation de consulter*

[20] L’obligation de consulter est fondée sur le principe de l’honneur de la Couronne : *Nation haïda*, par. 16. Je vais donc traiter dans un premier temps des principes qui sous-tendent l’honneur de la Couronne et de son lien avec l’obligation de consulter.

[21] L’honneur de la Couronne est un principe fondamental du droit des Autochtones qui régit la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. Il tire son origine de « l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et [de] l’exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l’autorité de ce peuple », et il remonte à la *Proclamation royale* de 1763 : *Nation haïda*, par. 32; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 66. Il reconnaît que la tension entre l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, d’une part, et la souveraineté, les droits et l’occupation préexistants des peuples autochtones, d’autre part, donne naissance à une relation particulière, qui exige que la Couronne agisse honorablement envers ces derniers : *Manitoba Metis*, par. 67; B. Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 436.

[22] L’objectif qui sous-tend le principe de l’honneur de la Couronne est celui de faciliter la réconciliation de ces intérêts : *Manitoba Metis*, par. 66-67. Il contribue à l’atteinte de cet objectif notamment en favorisant la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24. Cette entreprise de réconciliation est un principe de base du droit des Autochtones.

[23] L’honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière traite avec les peuples autochtones : *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *Manitoba Metis*, par. 68-72. Comme il découle de l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, il

Indeed, it has been found to apply when the Crown acts either through legislation or executive conduct (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1110 and 1114; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 231, per McLachlin J., as she then was, dissenting; *Haida Nation*; *Manitoba Metis*, at para. 69).

[24] As this Court stated in *Haida Nation*, the honour of the Crown “is not a mere incantation, but rather a core precept that finds its application in concrete practices” and “gives rise to different duties in different circumstances” (paras. 16 and 18). When engaged, it imposes “a heavy obligation” on the Crown (*Manitoba Metis*, at para. 68). Indeed, because of the close relationship between the honour of the Crown and s. 35, the honour of the Crown has been described as a “constitutional principle” (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 42). That said, this Court has made clear that the duties that flow from the honour of the Crown will vary with the situations in which it is engaged (*Manitoba Metis*, at para. 74). Determining what constitutes honourable dealing, and what specific obligations are imposed by the honour of the Crown, depends heavily on the circumstances (*Haida Nation*, at para. 38; *Taku River*, at para. 25; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paras. 36-37).

[25] The duty to consult is one such obligation. In instances where the Crown contemplates executive action that may adversely affect s. 35 rights, the honour of the Crown has been found to give rise to a justiciable duty to consult (see e.g. *Haida Nation*, *Taku River*, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, and *Little Salmon*). This obligation has also been applied in the context of statutory decision-makers that — while not part of the executive — act on behalf of the Crown (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 29). These cases demonstrate that, in certain circumstances, Crown conduct may not constitute an “infringement” of

lie celle-ci en sa qualité de souveraine. En effet, la Cour a déjà jugé que le principe de l’honneur de la Couronne s’applique quand cette dernière agit soit par le truchement d’une mesure législative, soit dans l’exercice de sa fonction exécutive : voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1110 et 1114; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 231 (la juge McLachlin, plus tard juge en chef, dissidente); *Nation haïda*; *Manitoba Metis*, par. 69.

[24] Comme l’a statué la Cour dans *Nation haïda*, l’honneur de la Couronne « [n’est] pas simplement [...] une belle formule, mais [...] un précepte fondamental qui peut s’appliquer dans des situations concrètes » et qui « fait naître différentes obligations selon les circonstances » : par. 16 et 18. Lorsqu’il est engagé, il fait peser « une lourde obligation » sur la Couronne : *Manitoba Metis*, par. 68. En effet, vu l’existence d’un lien étroit entre l’art. 35 et le principe de l’honneur de la Couronne, ce dernier a été qualifié de « principe constitutionnel » : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 42. Toutefois, la Cour a clairement indiqué que les obligations qui en découlent varient en fonction de la situation : *Manitoba Metis*, par. 74. La réponse à la question de savoir ce qui constitue un comportement honorable et quelles obligations découlent de l’honneur de la Couronne sont fortement tributaires des circonstances : *Nation haïda*, par. 38; *Taku River*, par. 25; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 36-37.

[25] L’obligation de consulter est une de ces obligations. Dans les cas où la Couronne envisage de prendre une mesure exécutive susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l’art. 35, la Cour a jugé que le principe de l’honneur de la Couronne donne lieu à une obligation de consulter justiciable : voir, p. ex., *Nation haïda*; *Taku River*; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Little Salmon*. Cette obligation a aussi été jugée applicable lorsqu’un décideur habilité par la loi — ne faisant pas partie de l’exécutif — agit au nom de la Couronne : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 29. Il ressort de ces arrêts que, dans certaines

established s. 35 rights; however, acting unilaterally in a way that may adversely affect such rights does not reflect well on the honour of the Crown and may thus warrant intervention on judicial review.

[26] The duty to consult jurisprudence makes clear that the duty to consult is best understood as a “valuable adjunct” to the honour of the Crown (*Little Salmon*, at para. 44). The duty to consult ensures that the Crown acts honourably by preventing it from acting unilaterally in ways that undermine s. 35 rights. This promotes reconciliation between the Crown and Aboriginal peoples first, by providing procedural protections to s. 35 rights, and second, by encouraging negotiation and just settlements as an alternative to the cost, delay and acrimony of litigating s. 35 infringement claims (*Clyde River*, at para. 1; *Haida Nation*, at paras. 14 and 32; *Mikisew Cree*, at para. 63).

[27] The duty to consult has been recognized in a variety of contexts. For example, in *Haida Nation*, this Court recognized a duty to consult when the Crown contemplated the replacement and transfer of tree farm licences that had the potential to affect asserted but unproven Aboriginal rights. In *Mikisew Cree*, the Court recognized that the contemplation of “taking up” lands under Treaty No. 8 could adversely affect the Mikisew’s rights under the treaty and thus required consultation. Crown conduct need not have an immediate impact on lands and resources to trigger the duty to consult. This Court has recognized that “high-level management decisions or structural changes to [a] resource’s management” may also trigger a consultative duty (*Carrier Sekani*, at para. 47; see also para. 44). However, to date, the duty to consult has only been applied to executive conduct and conduct taken on behalf of the executive.

circonstances, la conduite de la Couronne peut ne pas constituer une « atteinte » à des droits visés à l’art. 35 ayant été établis. Toutefois, agir unilatéralement d’une manière susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur ces droits ternit l’honneur de la Couronne et peut de ce fait justifier une intervention à l’issue d’un contrôle judiciaire.

[26] Il ressort clairement de la jurisprudence relative à l’obligation de consulter qu’il faut la considérer comme un « complément valable » à l’honneur de la Couronne : *Little Salmon*, par. 44. Elle garantit que la Couronne agit honorablement en l’empêchant d’agir unilatéralement d’une façon qui porte atteinte aux droits visés à l’art. 35. Cela favorise la réconciliation entre elle et les peuples autochtones, d’abord en fournissant une protection procédurale à ces droits, ensuite en encourageant la négociation et les règlements justes comme solution de rechange aux frais, aux retards et à l’acrimonie découlant de procédures judiciaires intentées pour débattre d’allégations de contravention à l’art. 35 : *Clyde River*, par. 1; *Nation haïda*, par. 14 et 32; *Première nation crie Mikisew*, par. 63.

[27] L’existence de l’obligation de consulter a été reconnue dans divers contextes. Par exemple, dans *Nation haïda*, la Cour l’a reconnue lorsque la Couronne a envisagé le remplacement et le transfert de concessions de fermes forestières susceptibles d’avoir une incidence sur des droits ancestraux revendiqués, mais non établis. Dans *Première nation crie Mikisew*, la Cour a reconnu que le fait d’envisager la « prise » de terres visées par le Traité n° 8 était susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits des Mikisew issus de ce traité et commandait donc la tenue d’une consultation. L’incidence de la conduite de la Couronne sur les terres et les ressources n’a pas à être immédiate pour que l’obligation de consulter soit déclenchée. La Cour a reconnu que « la décision prise en haut lieu ou la modification structurelle apportée à la gestion [d’une] ressource » peut en effet aussi déclencher l’obligation de consulter : *Carrier Sekani*, par. 47, voir aussi le par. 44. En revanche, jusqu’à présent, l’obligation de consulter n’a été appliquée qu’aux actes posés par l’exécutif ou en son nom.

[28] The Mikisew’s treaty rights are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and the Crown’s dealings with those rights engage the honour of the Crown. Here, the Mikisew argue that their hunting, trapping, and fishing rights under Treaty No. 8 may be adversely affected by the Crown’s conduct. This Court has repeatedly found that the honour of the Crown governs treaty making and implementation, and requires the Crown to act in a way that accomplishes the intended purposes of treaties and solemn promises it makes to Aboriginal peoples (*Manitoba Metis*, at paras. 73 and 75; *Mikisew Cree*, at para. 51; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 44; *Badger*, at paras. 41 and 47). Treaty agreements are sacred; it is always assumed that the Crown intends to fulfill its promises. No appearance of “sharp dealing” will be permitted (*Badger*, at para. 41).

[29] However, the question in this appeal is whether the honour of the Crown gives rise to a justiciable duty to consult when ministers develop legislation that could adversely affect the Mikisew’s treaty rights. When confronted with a novel case like this, the Court must determine whether the duty to consult is the appropriate means to uphold the honour of the Crown. This Court has explicitly left open the question of whether the law-making process is “Crown conduct” that triggers the duty to consult (*Carrier Sekani*, at para. 44; *Clyde River*, at para. 28). I turn to analyzing this issue now.

C. *The Duty to Consult During the Law-Making Process*

[30] The Mikisew submit that the development of policy by ministers leading to the formulation and introduction of a bill that may affect s. 35 rights triggers the duty to consult. In their view, ministers act in an executive capacity, not a parliamentary capacity, when developing legislation. Thus, concluding that legislative development triggers the duty to consult does not offend the separation of powers or

[28] Les droits issus de traités des Mikisew sont protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les actes de la Couronne touchant ces droits engagent l’honneur de la Couronne. En l’espèce, les Mikisew soutiennent que la conduite de la Couronne est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur leurs droits de chasse, de piégeage et de pêche protégés par le Traité n° 8. La Cour a affirmé à maintes reprises que le principe de l’honneur de la Couronne régit la conclusion des traités ainsi que leur mise en œuvre et exige que la Couronne agisse de manière à ce que les traités et les promesses solennelles qu’elle fait aux peuples autochtones atteignent leur but : *Manitoba Metis*, par. 73 et 75; *Première nation crie Mikisew*, par. 51; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 44; *Badger*, par. 41 et 47. Les traités sont sacrés; il est toujours présumé que la Couronne entend respecter ses promesses. Aucune apparence de « manœuvres malhonnêtes » n’est permise : *Badger*, par. 41.

[29] Or, dans le présent pourvoi, il s’agit de savoir si l’honneur de la Couronne déclenche une obligation de consulter justiciable, lorsque des ministres élaborent des projets de loi susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les droits issus de traités des Mikisew. Lorsqu’elle est saisie, comme en l’espèce, d’une affaire sans précédent, la Cour doit décider si c’est en invoquant l’obligation de consulter qu’une partie peut demander le respect du principe de l’honneur de la Couronne. Dans le passé, la Cour a expressément choisi de laisser en suspens la question de savoir si le processus d’élaboration des lois constitue une « conduite de la Couronne » qui déclenche l’obligation de consulter : *Carrier Sekani*, par. 44; *Clyde River*, par. 28. Je vais maintenant procéder à l’analyse de cette question.

C. *L’obligation de consulter durant le processus législatif*

[30] Les Mikisew font valoir que l’élaboration par les ministres d’une politique menant à la rédaction et à la présentation d’un projet de loi susceptible d’avoir une incidence sur les droits protégés par l’art. 35 déclenche l’obligation de consulter. Selon eux, lorsqu’ils élaborent une loi, les ministres exercent des fonctions exécutives et non pas législatives. Il ne serait donc pas contraire au principe

parliamentary privilege. Further, concluding otherwise would leave some claimants whose s. 35 rights are affected by legislation without an effective remedy. Indeed, legislation may abolish Crown oversight of or involvement in resource development and thereby remove Crown conduct that would trigger the duty to consult. Additionally, requiring claimants to proceed by way of a s. 35 infringement claim to vindicate their rights places an onerous burden on them.

[31] The respondents submit that the development of legislation by ministers is legislative action that does not trigger the duty to consult, as this would be inconsistent with parliamentary sovereignty and the separation of powers. These principles dictate that courts cannot supervise the law-making process. The respondents ground their argument on the premise that ministers act in a parliamentary capacity, not an executive capacity, when developing legislation. Furthermore, they suggest that, while the duty to consult is not triggered by legislative action, this does not leave claimants without an effective remedy. Once legislation has passed, it can be challenged under the *Sparrow* framework if it infringes s. 35 rights. Additionally, decisions made *under* the new or amended legislation may trigger the duty to consult.

[32] For the reasons that follow, I conclude that the law-making process — that is, the development, passage, and enactment of legislation — does not trigger the duty to consult. The separation of powers and parliamentary sovereignty dictate that courts should forebear from intervening in the law-making process. Therefore, the duty to consult doctrine is ill-suited for legislative action.

[33] The Mikisew ask us to recognize that the duty to consult applies to ministers in the development of legislation. There is no doubt overlap between

de la séparation des pouvoirs ou du privilège parlementaire de conclure que l'élaboration d'une loi déclenche l'obligation de consulter. De plus, selon eux, conclure autrement priverait les demandeurs aux prises avec une loi qui a une incidence sur leurs droits protégés par l'art. 35 d'un recours efficace. En effet, des lois peuvent abolir la surveillance et la participation de la Couronne à l'exploitation des ressources et, par conséquent, éliminer la conduite de la Couronne qui déclencherait l'obligation de consulter. Qui plus est, exiger des demandeurs qu'ils présentent une demande fondée sur la violation de l'art. 35 pour défendre leurs droits leur imposerait un lourd fardeau.

[31] Les intimés soutiennent plutôt que l'élaboration d'une loi par des ministres est une mesure législative qui ne déclenche pas l'obligation de consulter, puisque cela serait incompatible avec les principes de souveraineté parlementaire et de séparation des pouvoirs. Selon ces principes, les tribunaux ne peuvent pas superviser le processus législatif. Les intimés fondent leur thèse sur la prémisse que les ministres exercent des fonctions parlementaires, et non pas des fonctions exécutives, lorsqu'ils élaborent des projets de loi. De plus, selon eux, les demandeurs ne sont pas privés d'un recours utile du fait que le processus législatif ne déclenche pas l'obligation de consulter. Une fois la loi adoptée, ils peuvent la contester, conformément au cadre d'analyse établi par l'arrêt *Sparrow*, si elle porte atteinte aux droits protégés par l'art. 35. En outre, des décisions prises *en application* de la nouvelle loi ou de la loi modifiée peuvent donner naissance à l'obligation de consulter.

[32] Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que le processus législatif — à savoir l'élaboration, l'adoption et la promulgation d'une loi — ne donne pas naissance à l'obligation de consulter. Les principes de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire exigent que les tribunaux s'abstiennent d'intervenir dans le processus législatif. La doctrine de l'obligation de consulter ne convient donc pas relativement à l'action législative.

[33] Les Mikisew nous demandent de reconnaître que l'obligation de consulter s'applique aux ministres pendant l'élaboration des projets de loi. De

executive and legislative functions in Canada; Cabinet, for instance, is “a combining committee — a *hyphen* which joins, a *buckle* which fastens, the legislative part of the state to the executive part of the state” (*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 559, quoting W. Bagehot, *The English Constitution* (1872), at p. 14 (emphasis in original)). I do not accept, however, the Mikisew’s submission that ministers act in an executive capacity when they develop legislation. The legislative development at issue was not conducted pursuant to any statutory authority; rather, it was an exercise of legislative powers derived from Part IV of the *Constitution Act, 1867*. As the majority of the Court of Appeal noted, the departmental statutes relied on by the Mikisew to show that the Ministers acted in an executive capacity when developing legislation do not “refer even implicitly to . . . the development of legislation for introduction into Parliament” (C.A. reasons, at para. 28; *Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C. 1985, c. I-6; *Department of the Environment Act*, R.S.C. 1985, c. E-10; *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C. 1985, c. F-15; *Department of Transport Act*, R.S.C. 1985, c. T-18; *Department of Natural Resources Act*, S.C. 1994, c. 41; *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11).

[34] The development of legislation by ministers is part of the law-making process, and this process is generally protected from judicial oversight. Further, this Court’s jurisprudence makes clear that, if Cabinet is restrained from introducing legislation, then this effectively restrains Parliament (*Canada Assistance Plan*, at p. 560). This Court has emphasized the importance of safeguarding the law-making process from judicial supervision on numerous occasions. In *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, a majority of the Court stated that “[c]ourts come into the picture when legislation is enacted and not before” (p. 785). In *Canada Assistance Plan*, the Court underscored that “[t]he formulation and introduction of a bill are part of the

toute évidence, au Canada, il y a un chevauchement entre les fonctions exécutives et législatives; le Cabinet, par exemple, est « un comité combiné de telle sorte qu’il sert, comme un trait d’union ou une boucle, à rattacher la partie législative à la partie exécutive du gouvernement » : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 559, citant W. Bagehot, *La Constitution anglaise* (1869), p. 19. Toutefois, je ne suis pas d’accord avec les Mikisew pour dire que les ministres exercent des fonctions exécutives lorsqu’ils élaborent des projets de loi. En l’espèce, l’élaboration des textes de loi ne relevait pas d’un pouvoir conféré par voie législative; il s’agissait plutôt de l’exercice de pouvoirs législatifs qui sont dévolus par la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme les juges majoritaires de la Cour d’appel l’ont souligné, les lois habilitantes sur lesquelles s’appuient les Mikisew pour démontrer que les ministres exerçaient des fonctions exécutives lorsqu’ils ont élaboré les projets de loi « ne renvoient aucunement, même implicitement, [à] l’élaboration des projets de loi pour dépôt au Parlement » : motifs de la Cour d’appel, par. 28; *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. 1985, c. I-6; *Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. 1985, c. E-10; *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. 1985, c. F-15; *Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. 1985, c. T-18; *Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.C. 1994, c. 41; *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11.

[34] L’élaboration de projets de loi par les ministres fait partie intégrante du processus législatif, un processus qui est généralement à l’abri du contrôle judiciaire. De plus, la jurisprudence de la Cour établit clairement que, si le Cabinet n’est pas autorisé à présenter un projet de loi, cela revient à restreindre le pouvoir du Parlement : *Régime d’assistance publique du Canada*, p. 560. Dans le passé, la Cour a souvent insisté sur l’importance de protéger le processus législatif contre la surveillance judiciaire. Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, les juges majoritaires de la Cour ont déclaré que « [l]es tribunaux interviennent quand une loi est adoptée et non avant » : p. 785. Dans l’arrêt *Régime d’assistance publique du Canada*, la Cour a

legislative process with which the courts will not meddle” (p. 559).

[35] Longstanding constitutional principles underlie this reluctance to supervise the law-making process. The separation of powers is “an essential feature of our constitution” (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 52; see also *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 27). It recognizes that each branch of government “will be unable to fulfill its role if it is unduly interfered with by the others” (*Criminal Lawyers’ Association*, at para. 29). It dictates that “the courts and Parliament strive to respect each other’s role in the conduct of public affairs”; as such, there is no doubt that Parliament’s legislative activities should “proceed unimpeded by any external body or institution, including the courts” (*Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 20). Recognizing that a duty to consult applies during the law-making process may require courts to improperly trespass onto the legislature’s domain.

[36] Parliamentary sovereignty mandates that the legislature can make or unmake any law it wishes, within the confines of its constitutional authority. While the adoption of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* transformed the Canadian system of government “to a significant extent from a system of Parliamentary supremacy to one of constitutional supremacy” (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 72), democracy remains one of the unwritten principles of the Constitution (*Secession Reference*, at paras. 61-69). Recognizing that the elected legislature has specific consultation obligations may constrain it in pursuing its mandate and therefore undermine its ability to act as the voice of the electorate.

[37] Parliamentary privilege, a related constitutional principle, also demonstrates that the law-making process is largely beyond the reach of judicial interference. It is defined as “the sum of the

souligné que « [l]a rédaction et le dépôt d’un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s’immiscent pas » : p. 559.

[35] Des principes constitutionnels établis depuis longtemps justifient cette réticence à surveiller le processus législatif. Le principe de la séparation des pouvoirs est « un élément essentiel de notre constitution » : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 52; voir également *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 27. Il reconnaît qu’un organe du gouvernement « ne peut jouer son rôle lorsqu’un autre empiète indûment sur lui » : *Criminal Lawyers’ Association*, par. 29. Il exige que « les tribunaux et le Parlement s’efforcent de respecter leurs rôles respectifs dans la conduite des affaires publiques »; ainsi, il ne fait aucun doute que le Parlement doit pouvoir « exercer ses activités législatives libre de toute ingérence de la part d’organismes ou d’institutions externes, y compris les tribunaux » : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 20. Si l’on devait reconnaître qu’une obligation de consulter s’applique au processus législatif, cela risquerait d’obliger les tribunaux à s’ingérer indûment dans la sphère du législateur.

[36] Le principe de la souveraineté parlementaire suppose que l’Assemblée législative peut adopter ou abroger une loi à son gré, dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution. Bien que l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* ait « dans une large mesure [. . .] fait passer le système canadien de gouvernement de la suprématie parlementaire à la suprématie constitutionnelle » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 72), la démocratie demeure l’un des principes non écrits de la Constitution (par. 61-69). Si l’on devait reconnaître que l’assemblée législative élue a des obligations précises en matière de consultation, cela risquerait de lui nuire dans l’accomplissement de son mandat et donc de miner sa capacité de se faire la voix de l’électorat.

[37] Le principe constitutionnel connexe du privilège parlementaire confirme lui aussi que le processus législatif est largement hors de la portée d’une intervention judiciaire. Il est défini comme étant « la

privileges, immunities and powers enjoyed by the Senate, the House of Commons and provincial legislative assemblies, and by each member individually, without which they could not discharge their functions” (*Vaid*, at para. 29(2)). Once a category of parliamentary privilege is established, “it is for Parliament, not the courts, to determine whether in a particular case the *exercise* of the privilege is necessary or appropriate” (*Vaid*, at para. 29(9) and paras. 47-48 (emphasis in original)). Canadian jurisprudence makes clear that parliamentary privilege protects control over “debates or proceedings in Parliament” (*Vaid*, at para. 29(10); J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), at pp. 166-71; see also *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 385; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at s. 1.7; Article 9 of the U.K. *Bill of Rights* of 1689). The existence of this privilege generally prevents courts from enforcing procedural constraints on the parliamentary process.

[38] Applying the duty to consult doctrine during the law-making process would lead to significant judicial incursion into the workings of the legislature, even if such a duty were only enforced post-enactment. The duty to consult jurisprudence has developed a spectrum of consultation requirements that fit in the context of administrative decision-making processes. Directly transposing such *executive* requirements into the *legislative* context would be an inappropriate constraint on legislatures’ ability to control their own processes.

[39] The administrative law remedies normally available for breach of a duty to consult would further invite inappropriate judicial intervention into the legislature’s domain. The Crown’s failure to consult can lead to a number of remedies, including quashing the decision at issue or granting injunctive relief, damages, or an order to carry out consultation prior to proceeding further with the proposed action (*Carrier Sekani*, at paras. 37 and 54; *Clyde River*, at para. 24;

somme des privilèges, immunités et pouvoirs dont jouissent le Sénat, la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales ainsi que les membres de chaque Chambre individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s’acquitter de leurs fonctions » : *Vaid*, par. 29(2). Une fois qu’une catégorie de privilèges parlementaires est établie, « c’est au Parlement, et non aux tribunaux, qu’il revient de déterminer si l’*exercice* de ce privilège est nécessaire ou approprié dans un cas particulier » : *Vaid*, par. 29(9) et par. 47-48 (en italique dans l’original). Il ressort à l’évidence de la jurisprudence canadienne que le privilège parlementaire met les [TRADUCTION] « débats ou travaux du Parlement » à l’abri du contrôle judiciaire : *Vaid*, par. 29(10); J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), p. 166-171; voir également *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 385; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), par. 1.7; art. 9 du *Bill of Rights* de 1689 du Royaume-Uni. L’existence de ce privilège empêche par ailleurs généralement les tribunaux d’assujettir le processus parlementaire à des contraintes procédurales.

[38] L’application de la doctrine de l’obligation de consulter durant le processus législatif donnerait lieu à une ingérence importante des tribunaux dans les travaux du législateur, et ce, même s’ils ne s’acquittaient de cette obligation qu’après l’adoption de la loi. La jurisprudence sur l’obligation de consulter a fait naître une gamme d’exigences en matière de consultation qui sont adaptées au contexte du processus décisionnel administratif. Transposer ces exigences qui relèvent de l’*exécutif* directement dans la sphère *législative* entraverait indûment la capacité des assemblées législatives d’être maîtresses de leurs propres procédures.

[39] Les recours propres au droit administratif qui peuvent être normalement intentés pour manquement à l’obligation de consulter inciteraient davantage les tribunaux à intervenir indûment dans la sphère du législateur. L’omission par la Couronne de mener des consultations peut donner lieu à diverses mesures réparatrices dont l’annulation de la décision en cause ou l’octroi d’une injonction, de dommages-intérêts ou d’une ordonnance enjoignant à la Couronne de

K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶15.820 to 15.980). Thus, if a duty to consult applied to the law-making process, it would require the judiciary to directly interfere with the development of legislation. I recognize that the Mikisew only sought declaratory relief in this case. However, their rationale for seeking declaratory relief was that Canada was considering changing its environmental protection framework at the time of this litigation. The Mikisew acknowledged that it may be appropriate, in future litigation, for courts to consider granting ancillary relief requiring further consultation on the challenged legislation, a stay of further implementation of the challenged legislation, or judicial supervision. Such remedies could significantly fetter the will of Parliament.

[40] Applying a duty to consult to the development of legislation by ministers, as the Mikisew propose, also raises practical concerns. If the duty to consult is triggered by the development of legislation by ministers, but not later in the law-making process, this may limit the possibility of meaningful accommodation. Changes made to the proposed bill at the policy development stage to address concerns raised during consultation may be undone by Parliament, as it is free to amend the proposed law. Additionally, the introduction of private member bills would not trigger the duty, rendering the approach incongruous. The Mikisew's proposed approach could also be difficult to apply where ministers pursue both executive conduct and parliamentary conduct in the Cabinet decision-making process. In the long chain of events contributing to the development of legislation, disentangling what steps the duty to consult applies to (because they are executive) and what actions are immune (because they are parliamentary) would be an enormously difficult task.

procéder à des consultations avant de donner suite à l'action proposée : *Carrier Sekani*, par. 37 et 54; *Clyde River*, par. 24; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), ¶15.820 à 15.980. Par conséquent, si une obligation de consulter s'appliquait au processus législatif, il faudrait que les tribunaux interviennent directement dans l'élaboration des projets de loi. Je reconnais que les Mikisew s'en sont tenus à solliciter une ordonnance déclaratoire en l'espèce. Toutefois, ils ont invoqué à l'appui de leur demande le fait que le Canada envisageait de modifier son régime de protection environnementale à l'époque où la procédure a été entamée. De plus, ils ont indiqué qu'il pourrait convenir, dans des litiges futurs, que les tribunaux examinent des réparations accessoires consistant à faire en sorte que la loi contestée fasse l'objet de plus amples consultations, qu'il soit sursis à sa mise en œuvre ou qu'elle soit soumise au contrôle judiciaire. De telles mesures pourraient entraver considérablement la volonté du Parlement.

[40] Assujettir le processus d'élaboration des projets de loi par les ministres à une obligation de consulter, comme le proposent les Mikisew, soulèverait aussi des préoccupations d'ordre pratique. En effet, si l'obligation de consulter devait être déclenchée au stade de l'élaboration d'un projet de loi par les ministres, plutôt qu'à un stade ultérieur du processus législatif, les possibilités de trouver des mesures d'accommodement utiles pourraient s'en trouver limitées. En effet, des amendements apportés à un projet de loi au stade de l'élaboration de la politique sous-jacente, pour tenir compte de préoccupations soulevées pendant des consultations, pourraient être supprimés par le Parlement, puisqu'il peut modifier une loi proposée. De plus, le dépôt de projets de loi d'initiative parlementaire ne donnerait pas naissance à l'obligation de consulter, ce qui rendrait l'approche incongrue. Celle proposée par les Mikisew pourrait aussi être difficile à appliquer lorsque les ministres exercent à la fois des fonctions exécutives et parlementaires dans le cadre du processus décisionnel du Cabinet. Dans la longue série de démarches accomplies pour élaborer une loi, il serait extrêmement difficile de départager les étapes assujetties à l'obligation de consulter (parce qu'elles relèvent du pouvoir exécutif) et les actions qui n'y sont pas subordonnées (parce qu'elles relèvent du pouvoir législatif).

[41] For these reasons, the duty to consult doctrine is ill-suited to be applied directly to the law-making process.

[42] That said, parliamentary sovereignty and the separation of powers are not the only constitutional principles relevant to this appeal. The duty to consult was recognized to help protect the constitutional rights enshrined in s. 35 and uphold the honour of the Crown — itself a constitutional principle (*Little Salmon*, at para. 42).

[43] The Mikisew argue that if the duty to consult does not apply to the legislative process, Aboriginal or treaty rights will be subject to inconsistent protection. When the executive or a statutory decision-maker takes action that may affect asserted or established s. 35 rights, the honour of the Crown imposes a duty to consult. As noted above, this prevents the Crown from acting unilaterally in a way that could erode s. 35 rights and promotes the ongoing process of reconciliation. In contrast, if the state takes the *same action* through legislative means, the Aboriginal communities whose rights are potentially affected may be left without effective recourse. If such legislation *infringes* s. 35 rights, it may be declared of no force and effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982* (see *Sparrow*). However, if the effects of the legislation do not rise to the level of infringement, or if the rights are merely asserted (and not established), an Aboriginal group will not be able to successfully challenge the constitutional validity of the legislation through a *Sparrow* claim. Further, there may be situations where legislation effectively removes future consultation obligations by removing Crown decision-making that would otherwise have triggered the duty to consult.

[44] I accept that these are valid concerns. It is of little import to Aboriginal peoples whether it is the executive or Parliament which acts in a way that may adversely affect their rights. The relationship

[41] Pour les motifs qui précèdent, la doctrine de l'obligation de consulter est mal adaptée pour s'appliquer directement au processus législatif.

[42] Cela dit, la souveraineté parlementaire et la séparation des pouvoirs ne sont pas les seuls principes constitutionnels en cause dans le présent pourvoi. L'existence de l'obligation de consulter a été reconnue pour aider à protéger les droits constitutionnels consacrés par l'art. 35 et pour préserver l'honneur de la Couronne, qui a lui aussi le statut de principe constitutionnel : *Little Salmon*, par. 42.

[43] Les Mikisew prétendent que si l'obligation de consulter ne s'appliquait pas au processus législatif, les droits ancestraux ou issus de traités bénéficieraient d'une protection variable. Lorsque l'exécutif ou un organisme décisionnel habilité par la loi prendrait une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les droits, revendiqués ou établis, visés à l'art. 35, l'honneur de la Couronne donnerait lieu à une obligation de consulter. Comme je l'ai souligné précédemment, cela empêcherait la Couronne d'agir unilatéralement d'une manière qui risquerait de miner les droits protégés par l'art. 35 et favoriserait le processus de réconciliation en cours. En revanche, si l'État prenait la *même mesure* par voie législative, les collectivités autochtones dont les droits seraient susceptibles d'être touchés ne disposeraient possiblement d'aucun recours utile. Si cette loi *portait atteinte* aux droits visés à l'art. 35, elle pourrait être déclarée inopérante par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : voir *Sparrow*. Cependant, si les effets de la loi ne constituaient pas une atteinte à des droits protégés ou si les droits n'étaient que revendiqués (et non établis), le groupe autochtone ne pourrait pas contester avec succès la validité constitutionnelle de la loi suivant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Sparrow*. De plus, il pourrait survenir des situations où la loi supprimerait effectivement l'obligation future de consulter en supprimant le processus décisionnel de la Couronne qui aurait autrement déclenché l'obligation de consulter.

[44] J'admets qu'il s'agit là de préoccupations légitimes. Il importe peu aux peuples autochtones de savoir qui de l'exécutif ou du Parlement agit d'une manière susceptible d'avoir un effet préjudiciable

of Aboriginal peoples “with the Crown or sovereign has never depended on the particular representatives of the Crown involved” (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, at para. 130, quoting *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 109, per Dickson C.J.). As noted above, the honour of the Crown binds the Crown *qua* sovereign. Indeed, permitting the Crown to do by one means that which it cannot do by another would undermine the endeavour of reconciliation, which animates Aboriginal law. The principle of reconciliation and not rigid formalism should drive the development of Aboriginal law.

[45] Given these concerns, it is worth noting that the duty to consult is not the only means to give effect to the honour of the Crown when Aboriginal or treaty rights may be adversely affected by legislation. Other doctrines may be developed to ensure the consistent protection of s. 35 rights and to give full effect to the honour of the Crown through review of enacted legislation.

[46] For example, it may not be consistent with s. 35 to legislate in a way that effectively removes future Crown conduct which would otherwise trigger the duty to consult. I note that, in *Ross River Dena Council v. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, the Yukon Court of Appeal held that “[s]tatutory regimes that do not allow for consultation and fail to provide any other equally effective means to acknowledge and accommodate Aboriginal claims are defective and cannot be allowed to subsist” (para. 37; see also *Constitution Act, 1982*, s. 52(1)).

[47] Other forms of recourse may also be available. For example, declaratory relief may be appropriate in a case where legislation is enacted that is not consistent with the Crown’s duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples (see *Manitoba Metis*, at paras. 69 and 143). A declaration is available without

sur leurs droits. Les rapports des peuples autochtones « avec la Couronne ou le souverain n’ont jamais été fonction des représentants particuliers de la Couronne visée » : *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, par. 130, citant *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 109, le juge en chef Dickson. Comme je l’ai déjà souligné, l’honneur de la Couronne lie celle-ci en qualité de souveraine. En effet, si l’on permettait à la Couronne de faire par un moyen ce qu’elle ne peut pas faire par un autre, cela compromettrait l’entreprise de réconciliation qui sous-tend le droit des Autochtones. C’est le principe de réconciliation, et non pas un formalisme rigide, qui doit dicter l’évolution de ce domaine du droit.

[45] Étant donné ces préoccupations, il convient de souligner que l’obligation de consulter n’est pas le seul moyen de donner effet au principe de l’honneur de la Couronne quand une loi est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités. Les tribunaux peuvent créer d’autres doctrines pour assurer la protection uniforme des droits protégés par l’art. 35 et donner pleinement effet à l’honneur de la Couronne en contrôlant la loi adoptée.

[46] Par exemple, il n’est peut-être pas conforme à l’art. 35 de légiférer de façon à empêcher une conduite future de la Couronne qui déclencherait autrement l’obligation de consulter. Je relève que, dans *Ross River Dena Council c. Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, la Cour d’appel du Yukon a jugé que [TRADUCTION] « [l]es régimes légaux qui ne prévoient pas la tenue de consultation ou un autre moyen tout aussi efficace de reconnaître les revendications des Autochtones et de prendre des mesures d’accommodement sont viciés et ne devraient pas être maintenus » : par. 37; voir également la *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(1).

[47] Il est également possible d’accorder d’autres formes de réparation. Par exemple, il peut convenir de prononcer un jugement déclaratoire dans un cas où le législateur adopte une loi incompatible avec l’obligation de la Couronne d’agir honorablement envers les peuples autochtones : voir *Manitoba*

a cause of action (*ibid.*, at para. 143). Further, as this Court has previously held, declaratory relief may be an appropriate remedy even in situations where other forms of relief would be inconsistent with the separation of powers (see *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 2).

[48] To be clear, legislation cannot be challenged on the basis that the legislature failed to fulfill the duty to consult. The duty to consult doctrine does not apply to the legislature. However, if other forms of recourse are available, the extent of any consultation may well be a relevant consideration, as it was in *Sparrow*, when assessing whether the enactment is consistent with constitutional principles. In *Sparrow*, this Court held that, when there has been a *prima facie* infringement of a s. 35 right, the “first consideration” in determining whether the legislation or action can be justified is the honour of the Crown (p. 1114). And an important part of that inquiry is whether the Aboriginal group in question was consulted on the impugned measure (*Sparrow*, at p. 1119; see also *Badger*, at para. 97; *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 77, 80 and 125; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at para. 168).

[49] However, the issue of whether other protections are, or should be, available is not squarely before the Court in this appeal. As discussed above, the Federal Court was not validly seized of the application in this case, so no relief can be granted. Moreover, the Mikisew framed their claim exclusively around whether the duty to consult doctrine should apply to the legislative process. We have not received sufficient submissions on how to ensure that the honour of the Crown is upheld other than through the specific mechanism of the duty to consult. A different context attracts different considerations. I would note that there are important distinctions between judicial review of administrative action in the duty to consult context and judicial review of

Metis, par. 69 et 143. Il est possible d’obtenir un jugement déclaratoire sans avoir de cause d’action : *ibid.*, par. 143. En outre, comme la Cour l’a déjà affirmé, ce type de jugement peut être la mesure de redressement qui convient, même dans les situations où d’autres types de mesures ne seraient pas compatibles avec le principe de la séparation des pouvoirs : voir *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 2.

[48] En clair, on ne peut pas contester une loi pour le motif que le législateur ne s’est pas acquitté de l’obligation de consulter. La doctrine relative à cette obligation ne s’applique pas au législateur. Toutefois, si d’autres formes de réparation peuvent être accordées, l’étendue de toute consultation, le cas échéant, pourrait fort bien constituer un facteur pertinent — comme elle l’a été dans *Sparrow* — lorsque vient le temps d’évaluer si le texte de loi est compatible avec les principes constitutionnels. Dans *Sparrow*, la Cour a établi que, lorsqu’il y a eu violation à première vue d’un droit protégé par l’art. 35, l’honneur de la Couronne est « le premier facteur » à examiner pour déterminer si la mesure législative ou l’action en cause est justifiable : p. 1114. En outre, dans l’analyse, il est notamment important de savoir si le groupe autochtone en cause a été consulté au sujet de la mesure contestée : *Sparrow*, p. 1119; voir également *Badger*, par. 97; *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 77, 80 et 125; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 168.

[49] Cependant, dans le présent pourvoi, la Cour n’est pas directement saisie de la question de savoir si d’autres mesures de protection existent ou devraient exister. Comme je l’ai souligné précédemment, en l’espèce, la Cour fédérale n’a pas été régulièrement saisie de la demande; la Cour ne peut donc pas accorder de réparation. Qui plus est, les Mikisew ont axé leur demande exclusivement sur le fait de savoir si la doctrine de l’obligation de consulter devrait s’appliquer au processus législatif. Les parties nous ont fait part de trop peu d’observations sur la manière dont il conviendrait d’assurer le respect de l’honneur de la Couronne, si ce n’est par le truchement du mécanisme précis de l’obligation de consulter. Un autre contexte ferait intervenir d’autres considérations. Je

legislation (*Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at para. 36).

IV. Conclusion

[50] For the reasons set out above, I conclude that no aspect of the law-making process — from the development of legislation to its enactment — triggers a duty to consult. In the duty to consult context, “Crown conduct” has only been found to include executive action or action taken on behalf of the executive. I would not expand the application of the duty to consult doctrine to the legislative process.

[51] Finally, my conclusions respecting the duty to consult do not apply to the process by which subordinate legislation (such as regulations or rules) is adopted, as such conduct is clearly executive rather than parliamentary (see N. Bankes, “The Duty to Consult and the Legislative Process: But What About Reconciliation?” (2016) (online), at p. 5). Furthermore, this conclusion does not affect the enforceability of treaty provisions, implemented through legislation, that explicitly require pre-legislative consultation (see e.g. *Nisga’a Final Agreement* (1999), c. 11, paras. 30 and 31; *Nisga’a Final Agreement Act*, S.B.C. 1999, c. 2; *Nisga’a Final Agreement Act*, S.C. 2000, c. 7). Manner and form requirements (i.e. procedural restraints on enactments) imposed by legislation are binding (Hogg, at s. 12.3(b); see also *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234).

[52] I add this. Even though the duty to consult does not apply to the law-making process, it does not necessarily follow that once enacted, legislation that may adversely affect s. 35 rights is consistent with the honour of the Crown. The constitutional principles — such as the separation of powers and parliamentary sovereignty — that preclude the application of the duty to consult during the legislative process do not absolve the Crown of its duty to act

souligne qu’il y a des différences importantes entre le contrôle judiciaire d’une mesure administrative à la lumière de l’obligation de consulter et le contrôle judiciaire d’une loi : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, par. 36.

IV. Conclusion

[50] Pour les motifs exposés précédemment, je conclus qu’aucun aspect du processus législatif — du stade de l’élaboration jusqu’à la promulgation — ne déclenche l’obligation de consulter. Dans le contexte de cette obligation, la Cour a jugé que la « conduite de la Couronne » englobe uniquement les actes accomplis par l’exécutif, ou en son nom. Je suis d’avis de ne pas étendre l’application de la doctrine de l’obligation de consulter au processus législatif.

[51] Enfin, mes conclusions au sujet de l’obligation de consulter ne s’appliquent pas au processus dans le cadre duquel des mesures législatives subordonnées (comme des règlements ou des règles) sont prises, puisque ce processus relève clairement du pouvoir exécutif et non du pouvoir législatif : voir N. Bankes, « The Duty to Consult and the Legislative Process : But What About Reconciliation? » (2016) (en ligne), p. 5. Qui plus est, mes conclusions n’ont aucune incidence sur le caractère exécutoire des dispositions de traités, mis en œuvre au moyen de lois, qui exigent expressément des consultations préalables : voir, p. ex., *Accord définitif Nisga’a* (1999), c. 11, art. 30 et 31; *Nisga’a Final Agreement Act*, S.B.C. 1999, c. 2; *Loi sur l’accord définitif nisga’a*, L.C. 2000, c. 7. Dans ces cas, les modalités et les formes requises par la loi (p. ex., les contraintes procédurales relatives à l’édiction des lois) doivent nécessairement être appliquées : Hogg, par. 12.3(b); voir également *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.

[52] J’ajouterais ceci. Même si l’obligation de consulter ne s’applique pas au processus législatif, il ne s’ensuit pas nécessairement que, une fois adoptée, une loi susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l’art. 35 est conforme au principe de l’honneur de la Couronne. Les principes constitutionnels — comme la séparation des pouvoirs et la souveraineté parlementaire — qui soustraient le processus législatif à l’obligation de

honourably or limit the application of s. 35. While an Aboriginal group will not be able to challenge legislation on the basis that the duty to consult was not fulfilled, other protections may well be recognized in future cases. Simply because the duty to consult doctrine, as it has evolved to regulate executive conduct, is inapplicable in the legislative sphere, does not mean the Crown *qua* sovereign is absolved of its obligation to conduct itself honourably.

[53] For these reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of Abella and Martin JJ. were delivered by

[54] ABELLA J. — I agree with Justice Karakatsanis that the appeal should be dismissed on the grounds that judicial review under the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, is not available for the actions of federal Ministers in the parliamentary process (ss. 2(2), 18 and 18.1). But, in my respectful view, the enactment of legislation with the potential to adversely affect rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* does give rise to a duty to consult, and legislation enacted in breach of that duty may be challenged directly for relief.

[55] The honour of the Crown governs the relationship between the government of Canada and Indigenous peoples. This obligation of honour gives rise to a duty to consult and accommodate that applies to all contemplated government conduct with the potential to adversely impact asserted or established Aboriginal and treaty rights, including, in my view, legislative action. The duty to consult arises based on the effect, not the source, of the government action. The Crown's overarching responsibility to act honourably in all its dealings with Indigenous peoples does not depend on the formal label applied to the type of action that the government takes with respect to Aboriginal rights and interests protected

consulter ne relèvent pas pour autant la Couronne de son obligation d'agir honorablement ni ne restreignent l'application de l'art. 35. Même si un groupe autochtone sera empêché de contester une loi en invoquant un manquement à l'obligation de consulter, les tribunaux pourront possiblement reconnaître l'existence d'autres mesures de protection dans des causes à venir. Ce n'est pas parce que la doctrine de l'obligation de consulter, qui a évolué de manière à encadrer la conduite de l'exécutif, ne s'applique pas dans la sphère législative que la Couronne, en sa qualité de souveraine, est libérée de son obligation de se comporter honorablement.

[53] Pour les motifs exposés précédemment, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Abella et Martin rendus par

[54] LA JUGE ABELLA — Je souscris à l'opinion de la juge Karakatsanis selon laquelle le pourvoi devrait être rejeté au motif que le contrôle judiciaire prévu par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, ne peut être exercé à l'encontre de mesures prises par des ministres fédéraux dans le cadre du processus parlementaire : par. 2(2), art. 18 et 18.1. Cela dit, à mon avis, l'adoption de lois qui sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait naître une obligation de consulter, et les lois adoptées en violation de cette obligation peuvent être contestées directement en vue d'obtenir réparation.

[55] Le principe de l'honneur de la Couronne régit la relation qui unit le gouvernement du Canada et les peuples autochtones. Ce principe fait naître une obligation de consulter et d'accueillir applicable à toutes les mesures gouvernementales envisagées susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus de traités, revendiqués ou établis, y compris, à mon avis, aux mesures législatives. L'obligation de consulter découle de l'effet, et non de la source, de la mesure gouvernementale. La responsabilité fondamentale de la Couronne d'agir honorablement dans tous ses rapports avec les peuples autochtones ne dépend pas de l'étiquette officielle que l'on appose au genre de mesures que

by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. As a constitutional imperative, the honour of the Crown cannot be undermined, let alone extinguished, by the legislature's assertion of parliamentary sovereignty.

[56] The analysis in this case must begin with the fundamental principle of Canadian Aboriginal law that the government's relationship with Indigenous peoples is governed by the honour of the Crown (*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 17; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 62). According to this principle, servants of the Crown must conduct themselves with honour when acting on behalf of the sovereign (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 65). The honour of the Crown is always at stake in its dealings with Indigenous peoples, whether through the exercise of legislative power (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1114) or executive authority (see *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *Haida Nation*, at para. 16).

[57] The position that the honour of the Crown does not bind Parliament strikes me as untenable in light of this Court's Aboriginal law jurisprudence. The honour of the Crown arises from the Crown's *de facto* control over land and resources previously in the control of Aboriginal peoples, and its asserted sovereignty over those peoples (*Haida Nation*, at para. 32; *Manitoba Metis Federation*, at para. 66). At the time of French and British colonization, Indigenous peoples were living in distinct societies, with their own social and political structures, as well as laws and interests in land (*Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 9 (per McLachlin C.J.)). While English policy was to acknowledge and respect certain rights of occupation for Indigenous inhabitants, the underlying premise was that "sovereignty and legislative power, and indeed the underlying title, to such lands vested in the Crown" (*Sparrow*, at p. 1103). With this assumed sovereignty, arose the obligation to treat Aboriginal peoples fairly and

prend le gouvernement à l'égard des droits et intérêts ancestraux protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme il s'agit d'un impératif constitutionnel, le principe de l'honneur de la Couronne ne saurait être miné, et encore moins écarté, par l'affirmation de la souveraineté parlementaire du législateur.

[56] En l'espèce, l'analyse doit débiter par le principe fondamental du droit canadien des Autochtones voulant que les rapports du gouvernement avec les peuples autochtones soient régis par le principe de l'honneur de la Couronne : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 17; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 62. Selon ce principe, les fonctionnaires de la Couronne doivent se comporter honorablement lorsqu'ils agissent au nom du souverain : *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 65. L'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones, que ce soit en exerçant ses pouvoirs législatifs (voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1114) ou ses pouvoirs exécutifs (voir *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *Nation haïda*, par. 16).

[57] La position selon laquelle le principe de l'honneur de la Couronne ne lie pas le Parlement me paraît indéfendable à la lumière de la jurisprudence de la Cour en droit des Autochtones. L'honneur de la Couronne découle de l'exercice de fait de l'autorité de cette dernière sur les terres et les ressources que contrôlaient antérieurement les peuples autochtones et de l'affirmation par elle de sa souveraineté sur ces peuples : *Nation haïda*, par. 32; *Manitoba Metis Federation*, par. 66. À l'époque de la colonisation française et britannique, les peuples autochtones vivaient au sein de sociétés distinctes et possédaient leurs propres structures sociales et politiques, ainsi que des lois et des intérêts dans les terres : *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 9 (la juge en chef McLachlin). Bien que la politique britannique reconnaissait et respectait certains droits d'occupation des peuples autochtones, elle reposait sur le principe que « la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté » : *Sparrow*, p. 1103.

honourably (*Mitchell*, at para. 9; *Manitoba Metis Federation*, at paras. 66-67).

[58] As a result, the ultimate purpose of the honour of the Crown is the reconciliation of pre-existing Indigenous societies with the assertion of Crown sovereignty (*Manitoba Metis Federation*, at para. 66). Reconciliation is the “fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights” (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 1 (per Binnie J.)). The purpose of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, is to facilitate this reconciliation (*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 42).

[59] The honour of the Crown defines the historic relationship between the government and Indigenous peoples in which contemporary rights are to be understood (*Sparrow*, at p. 1108). The honour of the Crown has deep roots as a concept in Aboriginal law and can be traced back to the *Royal Proclamation* of 1763, a fundamental document which this Court has described as “analogous to the . . . Magna Carta” (*Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 395 (per Hall J.)). The honour of the Crown has since received constitutional status with the entrenchment of s. 35 and is therefore a constitutional imperative, giving rise to obligations on the Crown which are enforced by the courts (J. Timothy S. McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples* (2008), at p. 53).

[60] But the honour of the Crown is not itself a cause of action. Rather, it speaks to the way in which the Crown’s specific obligations must be fulfilled (*Manitoba Metis Federation*, at para. 73). These obligations vary depending on the circumstances. In negotiating and applying treaties, the Crown must act with integrity and honour, and avoid even the appearance of sharp dealing (*Haida Nation*, at para. 19; *Badger*, at para. 41; *R. v. Marshall*, [1999]

Cette souveraineté présumée a fait naître l’obligation de traiter les peuples autochtones équitablement et honorablement : *Mitchell*, par. 9; *Manitoba Metis Federation*, par. 66-67.

[58] En conséquence, l’objectif fondamental du principe de l’honneur de la Couronne est la réconciliation des sociétés autochtones préexistantes avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne : *Manitoba Metis Federation*, par. 66. La réconciliation est l’« objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités » : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1 (le juge Binnie). L’objet de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est de favoriser cette réconciliation : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d’évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 42.

[59] Le principe de l’honneur de la Couronne définit les rapports historiques qui unissent le gouvernement et les peuples autochtones, et les droits contemporains doivent être définis en fonction de ces rapports : *Sparrow*, p. 1108. Il s’agit d’un concept profondément enraciné en droit des Autochtones dont on peut retracer les origines dans la *Proclamation royale* de 1763, un document fondamental que la Cour a décrit comme étant « analogue [à] la Magna Carta » : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 395 (le juge Hall). Depuis, ce principe a acquis un statut constitutionnel avec l’enchâssement de l’art. 35 et est donc devenu un impératif constitutionnel qui donne naissance à des obligations de la Couronne que les tribunaux sont appelés à faire respecter : J. Timothy S. McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples* (2008), p. 53.

[60] Le principe de l’honneur de la Couronne ne constitue toutefois pas en soi une cause d’action. Il s’agit plutôt d’un principe qui concerne la façon dont la Couronne doit s’acquitter d’obligations spécifiques : *Manitoba Metis Federation*, par. 73. Ces obligations varient selon les circonstances. Lorsqu’elle négocie et applique des traités, la Couronne doit agir avec intégrité et honneur et éviter la moindre apparence de manœuvres malhonnêtes : *Nation haïda*,

3 S.C.R. 456, at para. 4). Where the government enacts regulations that infringe on Aboriginal rights, the honour of the Crown demands that those measures be justified (*Sparrow*, at p. 1109). And when the government contemplates conduct that might adversely affect Aboriginal or treaty rights, the honour of the Crown gives rise to a duty to consult and accommodate.

[61] Grounded in the honour of the Crown, the duty to consult arises from the assertion of Crown sovereignty and aims to advance the process of reconciliation (McCabe, at p. 90; *Haida Nation*, at paras. 45 and 59). It serves an important role in the “process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution” (*Haida Nation*, at para. 32). Where the duty arises, it requires meaningful consultation between the government and the affected group. This means a meaningful effort by the government to act in a manner that is consistent with the honour of the Crown in that particular context (Dwight G. Newman, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* (2014), at pp. 88-89). Consultation obligations can be viewed as falling on a spectrum, which accommodates the different contexts in which more or less consultation is necessary to fulfill its purpose (Newman, at p. 89; *Haida Nation*, at para. 43).

[62] I see this duty as being more than a “means” to uphold the honour of the Crown. The obligation arises because it would not be honourable to make important decisions that have an adverse impact on Aboriginal and treaty rights without efforts to consult and, if appropriate, accommodate those interests. The Crown must act honourably in defining the rights guaranteed by s. 35 and in reconciling them with other societal rights and interests. This implies a duty to consult (*Haida Nation*, at para. 20). The question is not whether the duty to consult is *appropriate* in the circumstances, but whether the decision is one to which the duty to consult applies.

par. 19; *Badger*, par. 41; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 4. Lorsque le gouvernement prend un règlement qui porte atteinte aux droits ancestraux, l’honneur de la Couronne exige que cette mesure soit justifiée : *Sparrow*, p. 1109. Et lorsque le gouvernement envisage une mesure susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités, l’honneur de la Couronne fait naître une obligation de consulter et d’accommoder.

[61] Ancrée dans le principe de l’honneur de la Couronne, l’obligation de consulter découle de l’affirmation de la souveraineté de la Couronne et vise à favoriser le processus de conciliation : McCabe, p. 90; *Nation haïda*, par. 45 et 59. Elle joue un rôle important dans le « processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l’affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications » : *Nation haïda*, par. 32. Cette obligation, lorsqu’elle existe, exige qu’il y ait une véritable consultation entre le gouvernement et le groupe touché, c’est-à-dire un effort réel de la part du gouvernement d’agir en conformité avec le principe de l’honneur de la Couronne dans ce contexte précis : Dwight G. Newman, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* (2014), p. 88-89. On peut utiliser la notion de continuum pour interpréter l’obligation de consulter, qui tient compte des diverses situations selon que la consultation est plus ou moins nécessaire pour atteindre son objectif : Newman, p. 89; *Nation haïda*, par. 43.

[62] J’estime que l’obligation de consulter n’est pas qu’un « moyen » de respecter le principe de l’honneur de la Couronne. L’obligation prend naissance parce qu’il ne serait pas honorable pour la Couronne de prendre des décisions importantes qui ont un effet préjudiciable sur les droits ancestraux et issus de traités sans faire l’effort de consulter les peuples autochtones et, le cas échéant, de trouver des accommodements à leurs préoccupations. La Couronne doit agir honorablement lorsqu’elle définit les droits garantis par l’art. 35 et les concilie avec d’autres droits et intérêts sociétaux. Cette obligation emporte celle de consulter : *Nation haïda*, par. 20. Il ne s’agit pas de savoir si l’obligation de consulter *convient* dans les circonstances, mais de savoir si l’obligation de consulter s’applique à la décision.

[63] Because the honour of the Crown infuses the entirety of the government's relationship with Indigenous peoples, the duty to consult must apply to all exercises of authority which are subject to scrutiny under s. 35. This includes, in my view, the enactment of legislation. Like the infringement analysis under *Sparrow*, the duty to consult does not discriminate based on the type of government action, but rather is triggered based on the potential for adverse effects.

[64] This conclusion flows from the jurisprudential development of the duty to consult from an aspect of the infringement analysis in *Sparrow* to an independent obligation in *Haida Nation*. *Sparrow* was the Court's first opportunity to consider the legal impact of s. 35, and to sketch a framework which would give appropriate weight to the constitutional nature of the words "recognized and affirmed" (*Sparrow*, at p. 1106). Acknowledging the importance of context and an incremental approach to s. 35, Dickson C.J. and La Forest J. proposed a justificatory test that would require the government to establish not only that it had a valid legislative objective, but that the legislative action was consistent with the honour of the Crown. They held, at p. 1114:

... the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.

Determining whether the Crown's legislative actions were consistent with the honour of the Crown would include, depending on the circumstances, an inquiry into whether the Aboriginal group in question had been consulted (*Sparrow*, at p. 1119; see also *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, at para. 110; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 64).

[65] Consultation took on an even greater role in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R.

[63] Comme l'honneur de la Couronne imprègne l'ensemble des rapports du gouvernement avec les peuples autochtones, l'obligation de consulter doit s'appliquer à l'exercice de tous les pouvoirs qui sont assujettis à un examen fondé sur l'art. 35. À mon sens, ces pouvoirs comprennent l'adoption des lois. À l'instar de l'analyse de l'atteinte fondée sur l'arrêt *Sparrow*, l'obligation de consulter s'applique indépendamment du genre de mesure gouvernementale en cause et prend naissance dès lors qu'il y a un risque d'effets préjudiciables.

[64] Cette conclusion découle de l'évolution jurisprudentielle de l'obligation de consulter, qui est passée d'un aspect de l'analyse de l'atteinte dans l'arrêt *Sparrow* à une obligation indépendante dans *Nation haïda*. C'est dans l'arrêt *Sparrow* que la Cour a eu l'occasion pour la première fois d'examiner les conséquences juridiques de l'art. 35 et d'ébaucher un cadre d'analyse qui accorderait au caractère constitutionnel des mots « reconnus et confirmés » l'importance qui lui revient : *Sparrow*, p. 1106. Reconnaisant l'importance du contexte et la façon progressive d'aborder l'art. 35, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont proposé un test de justification qui obligerait le gouvernement à établir non seulement qu'il avait un objectif législatif valide, mais aussi que la mesure législative était conforme au principe de l'honneur de la Couronne. Ils sont arrivés, à la p. 1114, à la conclusion suivante :

... l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.

Pour déterminer si les mesures législatives de la Couronne étaient conformes au principe de l'honneur de la Couronne, il faudrait, selon les circonstances, examiner si le groupe autochtone en question a été consulté : *Sparrow*, p. 1119; voir également *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, par. 110; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 64.

[65] La consultation a joué un rôle encore plus important dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*,

1010, an Aboriginal title case, where Lamer C.J. first acknowledged that consultation was a procedural “duty”. In his view, while the nature and scope of the obligation would vary with the circumstances, “[t]here is always a duty of consultation” (para. 168). Lamer C.J. drew from his recent comments on the doctrine of priority in *Gladstone*, which described a right that was both procedural and substantive: “. . . at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest of [A]boriginal rights holders in the fishery” (*Gladstone*, at para. 62). By analogy, in the Aboriginal title context, this might entail that “governments accommodate the participation of [A]boriginal peoples in the development of the resources of British Columbia” (*Delgamuukw*, at para. 167). As Lamer C.J. explained, this duty of consultation flowed from the fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples (*ibid.*, at para. 168).

[66] Through these early justification cases, the honour of the Crown had emerged as a fundamental backdrop against which the enactment of legislation would be measured. It required not only a substantive outcome which gave adequate weight to the Aboriginal rights and interests at stake, but a manner of dealing that was in keeping with the special relationship between the Crown and Aboriginal rights-holders. In particular, the Court identified consultation as a significant consideration in assessing whether the government’s infringement of Aboriginal or treaty rights was justified under s. 35. This did not change based on the kind of government action in question; even in *Sparrow*, which involved a challenge to the federal *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, the importance of notice and consultation in the context of regulatory conservation measures was acknowledged (p. 1119).

[67] Although these cases looked at consultation to determine whether an infringement was justified, it

[1997] 3 R.C.S. 1010, une affaire portant sur un titre ancestral, où le juge en chef Lamer a reconnu pour la première fois que la consultation était une « obligation » procédurale. À son avis, bien que la nature et la portée de l’obligation varieraient selon les circonstances, « [i]l y a toujours obligation de consulter » : par. 168. Le juge en chef Lamer s’était inspiré de ses commentaires récents sur la doctrine relative à l’ordre de priorité dans l’arrêt *Gladstone*, qui décrivaient un droit à la fois procédural et substantiel : « [à] l’étape de la justification, l’État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l’intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l’égard de cette pêche » : *Gladstone*, par. 62. Par analogie, dans le contexte d’un titre ancestral, cela pourrait vouloir dire que « les gouvernements prennent en compte la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources de la Colombie-Britannique » : *Delgamuukw*, par. 167. Comme le juge en chef Lamer l’a expliqué, cette obligation de consulter découle des rapports de fiduciaire qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones : *ibid.*, par. 168.

[66] Ces premières décisions en matière de justification ont établi que l’honneur de la Couronne était un principe fondamental dont il fallait tenir compte pour évaluer les mesures législatives adoptées. Ce principe exigeait non seulement un résultat concret qui accordait l’importance qui leur revient aux droits et aux intérêts ancestraux en jeu, mais également une façon de transiger qui cadrerait avec la relation particulière qu’entretient la Couronne avec les titulaires de droits ancestraux. Plus précisément, la Cour a affirmé que la consultation était un facteur important dont il fallait tenir compte pour évaluer si l’atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités par le gouvernement était justifiée au regard de l’art. 35. Le genre de mesure gouvernementale en cause ne change rien à l’importance de cette consultation; ainsi, dans l’arrêt *Sparrow*, où l’on contestait la *Loi sur les pêcheries*, L.R.C. 1970, c. F-14, une loi fédérale, la Cour a reconnu l’importance d’informer et de consulter les groupes autochtones visés lorsqu’il est question de mesures de conservation réglementaires : p. 1119.

[67] Bien que, dans ces arrêts, la Cour se soit penchée sur la consultation pour décider si l’atteinte était

was the process *prior* to the infringement which engaged the honour of the Crown. As a matter of logic, then, the Crown's duty to consult is not dependent on the finding that an infringement resulted, but is, instead, a component of the Crown's overarching obligation to deal honourably with Indigenous peoples when regulating their rights. This is exactly the reasoning that led to the Court's landmark recognition of a free-standing duty to consult in *Haida Nation*, *Taku River* and *Mikisew Cree*.

[68] In the companion appeals *Haida Nation* and *Taku River*, McLachlin C.J. found that a legal duty to consult and accommodate arose when the Crown had knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title, and contemplated conduct that might adversely affect it (*Haida Nation*, at para. 31; *Taku River*, at paras. 24-25). As McLachlin C.J. explained, the existence of this legal duty to consult, prior to proof of claims, was necessary to understand the Court's previous decisions which considered consultation where confirmation of the right and justification of an alleged infringement were litigated at the same time. The duty to consult could not depend on either the existence of a proven right, or, by extension, proof of infringement. The fact that Crown behaviour *before* the determination of the right could be considered in the context of justification negated any arguments to the contrary (*Haida Nation*, at para. 34).

[69] While *Haida Nation* and *Taku River* were primarily concerned with protecting unproven claims during the treaty negotiation process, *Mikisew Cree* made clear that the duty to consult arose in respect of established rights as well. The parties had asked what obligations the Crown owed when exercising its power under Treaty No. 8 to take up portions of the Mikisew's surrendered lands "from time to time". Binnie J. explicitly rejected an approach that would find each subsequent "taking up" by the Crown to be an infringement of the Mikisew's treaty

justifiée, c'est le processus suivi *avant* l'atteinte qui a engagé l'honneur de la Couronne. Ainsi, en toute logique, l'obligation qui incombe à la Couronne de consulter ne dépend pas de la conclusion qu'il y a eu atteinte, mais constitue plutôt une composante de l'obligation primordiale de la Couronne d'agir honorablement envers les peuples autochtones lorsqu'elle régleme leurs droits. C'est exactement le raisonnement qui a mené la Cour à reconnaître l'obligation indépendante de consulter dans les arrêts de principe *Nation haïda*, *Taku River* et *Première nation crie Mikisew*.

[68] Dans les pourvois connexes *Nation haïda* et *Taku River*, la juge en chef McLachlin a conclu que l'obligation légale de consulter et d'accommoder prend naissance dès lors que la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle d'un titre ou de droits ancestraux et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits ou ce titre : *Nation haïda*, par. 31; *Taku River*, par. 24-25. Comme la juge en chef McLachlin l'a expliqué, l'existence de cette obligation légale de consulter le groupe intéressé, avant qu'il ait apporté la preuve de sa revendication, était nécessaire pour comprendre les décisions antérieures de la Cour dans lesquelles elle a examiné la consultation, où la confirmation du droit et celle de la justification de l'atteinte reprochée ont été débattues en même temps. L'obligation de consulter ne pouvait dépendre de l'existence d'un droit prouvé ou, par extension, de la preuve de l'atteinte. Le fait que le comportement de la Couronne adopté *avant* l'établissement du droit pouvait être examiné dans le contexte de la justification réfutait tout argument à l'effet contraire : *Nation haïda*, par. 34.

[69] Alors que les arrêts *Nation haïda* et *Taku River* concernaient principalement la protection des revendications non établies durant le processus de négociation de traités, l'arrêt *Première nation crie Mikisew* a clairement indiqué que l'obligation de consulter prend également naissance à l'égard de droits établis. Les parties avaient demandé quelles étaient les obligations de la Couronne lorsqu'elle exerce le pouvoir que lui confère le Traité n° 8 de prendre des terres cédées par les Mikisew « de temps à autre ». Le juge Binnie a explicitement rejeté une

rights, requiring justification under the *Sparrow* test (paras. 31-32). Instead, he concluded that where the Crown's contemplated course of action would adversely affect those treaty rights, a duty to consult was triggered (para. 34). Although "taking up" was clearly anticipated by the treaty, the Crown was obliged to manage the process honourably (paras. 31 and 33).

[70] Through this trilogy of decisions, the Court affirmed that the Crown's obligation to consult and accommodate Indigenous groups arises independently from its obligation to justify infringements of Aboriginal and treaty rights. In the duty to consult context, the controlling question is not whether the limit on rights is justified, but "what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake" (*Haida Nation*, at para. 45). In this sense, the trilogy represents a shift towards mutual reconciliation between Aboriginal and Crown sovereignty, and a further step towards embracing the honour of the Crown as a limit on Crown sovereignty in relation to Indigenous peoples (Mark D. Walters, "The Morality of Aboriginal Law" (2006), 31 *Queen's L.J.* 470, at pp. 513-14).

[71] *Haida Nation* established a new legal framework in which to understand the government's obligations towards Indigenous peoples, organized around the principle of the honour of the Crown (Jamie D. Dickson, *The Honour and Dishonour of the Crown: Making Sense of Aboriginal Law in Canada* (2015), at p. 116). This is the overarching framework in which the duty to consult, and the obligation to justify infringements, must now be understood. Under the *Sparrow* analysis, government conduct could always be scrutinized for consistency with the honour of the Crown, including the duty of consultation, irrespective of whether that conduct was executive or legislative in nature. No longer confined to the justification context, the duty to consult

approche qui conclurait que chaque « prise » effectuée subséquemment par la Couronne serait une atteinte aux droits issus de traités des Mikisew, qui devrait être justifiée conformément au test énoncé dans l'arrêt *Sparrow* : par. 31-32. Il a plutôt conclu que lorsque la mesure envisagée par la Couronne est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces droits issus de traités, l'obligation de consulter devient applicable : par. 34. Même si la « prise » était clairement prévue par le traité, la Couronne était tenue de gérer le processus de façon honorable : par. 31 et 33.

[70] Dans cette trilogie de décisions, la Cour a confirmé que l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les groupes autochtones prend naissance indépendamment de son obligation de justifier les atteintes aux droits ancestraux et issus de traités. Dans le contexte de l'obligation de consulter, la question décisive n'est pas de savoir si l'atteinte aux droits est justifiée, mais consiste plutôt à déterminer « ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones » : *Nation haïda*, par. 45. En ce sens, la trilogie marque un changement en faveur de la conciliation de la souveraineté autochtone et de celle de la Couronne et contribue à percevoir l'honneur de la Couronne comme une limite à sa souveraineté dans le contexte de ses relations avec les peuples autochtones : Mark D. Walters, « The Morality of Aboriginal Law » (2006), 31 *Queen's L.J.* 470, p. 513-514.

[71] L'arrêt *Nation haïda* a établi un nouveau cadre juridique pour nous permettre de comprendre les obligations du gouvernement envers les peuples autochtones, articulées autour du principe de l'honneur de la Couronne : Jamie D. Dickson, *The Honour and Dishonour of the Crown : Making Sense of Aboriginal Law in Canada* (2015), p. 116. Il s'agit du cadre fondamental dans lequel l'obligation de consulter, et l'obligation de justifier les atteintes, doivent désormais être interprétées. Suivant le cadre d'analyse établi par l'arrêt *Sparrow*, la mesure gouvernementale pourrait toujours être scrutée pour déterminer si elle est compatible avec l'honneur de la Couronne, y compris l'obligation de consulter, peu importe que cette mesure ait été de nature exécutive

now forms “part of the essential legal framework” of Aboriginal law in Canada (*Little Salmon/Carmacks*, at para. 69). Like the *Sparrow* inquiry, the duty to consult doctrine infuses the field of governmental action, requiring consultation wherever the potential for adverse effects on claimed or established s. 35 rights arises.

[72] Subsequent appeals have reinforced this expansive understanding of the duty to consult. In *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, [2010] 2 S.C.R. 650, McLachlin C.J. reiterated the “generous, purposive approach” that applies to the duty to consult (para. 43). “[G]overnment action” triggering the duty was not confined to the exercise of statutory powers. Further, it included “strategic, higher level decisions” that could have an impact on Aboriginal rights or claims (*Carrier Sekani*, at para. 44, citing Jack Woodward, *Native Law* (loose-leaf), vol. 1, at p. 5-41). As McLachlin C.J. explained, high-level management decisions or structural changes to resource management may set the stage for future decisions that will have a direct adverse impact on lands and resources, and leave Aboriginal groups with a lost or diminished constitutional right to have their interests considered (*Carrier Sekani*, at para. 47). This is itself an adverse impact sufficient to trigger the *Haida Nation* duty to consult and accommodate.

[73] More recently, in *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, [2017] 1 S.C.R. 1069, and the companion case *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, [2017] 1 S.C.R. 1099, the Court considered whether an administrative scheme, namely the National Energy Board’s approval process, could trigger a duty to consult. Noting that the Board was the “vehicle through which the Crown acts”, the Court held

ou législative. N’étant plus limitée au contexte de la justification, l’obligation de consulter fait désormais « partie du cadre juridique essentiel » du droit des Autochtones au Canada : *Little Salmon/Carmacks*, par. 69. À l’instar de l’analyse préconisée dans *Sparrow*, la doctrine de l’obligation de consulter imprègne la sphère des mesures gouvernementales, exigeant une consultation chaque fois que ces mesures sont susceptibles d’avoir un effet préjudiciable sur les droits revendiqués ou établis protégés par l’art. 35.

[72] Des pourvois subséquents ont renforcé cette interprétation élargie de l’obligation de consulter. Dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, [2010] 2 R.C.S. 650, la juge en chef McLachlin a réitéré que c’est « l’approche généreuse et téléologique » qui s’applique à l’obligation de consulter : par. 43. La « mesure gouvernementale » qui donne naissance à l’obligation n’était pas limitée à l’exercice de pouvoirs conférés par la loi. En outre, elle comprenait toute [TRADUCTION] « décision stratégique prise en haut lieu » qui était susceptible d’avoir un effet sur des droits ancestraux ou des revendications autochtones : *Carrier Sekani*, par. 44, citant Jack Woodward, *Native Law* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 5-41. Comme la juge en chef McLachlin l’a expliqué, les décisions prises en haut lieu ou les modifications structurelles apportées à la gestion des ressources peuvent ouvrir la voie à d’autres décisions qui auront un effet préjudiciable direct sur les terres et les ressources et peuvent faire en sorte que les groupes autochtones soient dépouillés en tout ou en partie de leur droit constitutionnel de voir leurs intérêts pris en considération : *Carrier Sekani*, par. 47. Il s’agit là même d’un effet préjudiciable qui suffit à déclencher l’obligation de consulter et d’accommoder reconnue par *Nation haïda*.

[73] Plus récemment, dans l’arrêt *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 1069, et le pourvoi connexe *Chippewas of the Thames First Nation c. Pipelines Enbridge Inc.*, [2017] 1 R.C.S. 1099, la Cour a examiné si un régime administratif, à savoir le processus d’approbation de l’Office national de l’énergie, pouvait donner naissance à l’obligation de consulter. Indiquant que l’Office est le « moyen par lequel la Couronne agit »,

that its decisions would constitute Crown conduct that implicated the duty to consult (*Clyde River*, at para. 29; *Chippewas*, at para. 29). The Crown cannot avoid its duty to consult, or the honour of the Crown, by delegating decision-making power to a tribunal established by Parliament.

[74] But I do not see this extension of the duty to consult into the administrative context as a *rejection* of its application in other aspects of the government's relationship with Indigenous peoples, especially since that question was expressly left open by this Court (*Carrier Sekani*, at para. 44; see also *Clyde River*, at para. 28). In *Clyde River*, the Court reiterated that relevant Crown conduct was to be defined based not on its form, but on its potential for adverse impacts, at para. 25:

Crown conduct which would trigger the duty is not restricted to the exercise by or on behalf of the Crown of statutory powers or of the royal prerogative, nor is it limited to decisions that have an immediate impact on lands and resources. The concern is for adverse impacts, however made, upon Aboriginal and treaty rights and, indeed, a goal of consultation is to identify, minimize and address adverse impacts where possible (*Carrier Sekani*, at paras. 45-46). [Emphasis added.]

[75] Although the law of judicial review, which applies to the exercise of statutory powers or the royal prerogative, is often implicated in consultation cases, the duty to consult itself attaches to all exercises of Crown power, including legislative action.

[76] *Haida Nation* and *Sparrow* provide distinctive analyses based not on the type of government action at issue, but on the nature of the engagement with s. 35 rights. *Sparrow* provides a framework for determining whether government action, including the exercise of legislative or executive authority, constitutes an infringement of s. 35 rights, and whether that

la Cour a conclu que ses décisions constitueraient une mesure de la Couronne emportant l'obligation de consulter : *Clyde River*, par. 29; *Chippewas*, par. 29. Ainsi, la Couronne ne peut se soustraire ni à son obligation de consulter ni à l'honneur de la Couronne, en déléguant ses pouvoirs décisionnels à un tribunal établi par le Parlement.

[74] Je ne vois toutefois pas cet élargissement du champ d'application de l'obligation de consulter dans le contexte administratif comme un *rejet* de son application dans d'autres aspects des rapports du gouvernement avec les peuples autochtones, d'autant plus que la Cour s'est expressément abstenue de se prononcer sur cette question : *Carrier Sekani*, par. 44; voir également *Clyde River*, par. 28. Dans *Clyde River*, par. 25, la Cour a réitéré que les mesures pertinentes prises par la Couronne devaient être définies non pas selon leur forme, mais selon les effets préjudiciables qu'elles peuvent causer :

Les mesures de la Couronne susceptibles de donner naissance à l'obligation de consulter ne se limitent pas à l'exercice, par la Couronne ou en son nom, de la prérogative royale ou de pouvoirs conférés par la loi, et ne se limitent pas non plus aux décisions qui ont une incidence immédiate sur les terres et les ressources. Il faut se demander si la mesure a des effets préjudiciables, quelle qu'en soit la cause, sur des droits ancestraux ou issus de traités. D'ailleurs, un des objectifs de la consultation consiste à cerner les effets préjudiciables, à les réduire au minimum et à y remédier si possible (*Carrier Sekani*, par. 45-46). [Je souligne.]

[75] Bien que le droit régissant le contrôle judiciaire, qui s'applique à l'exercice de pouvoirs législatifs ou de la prérogative royale, soit souvent en cause dans des affaires de consultation, l'obligation de consulter elle-même se rapporte à tout exercice des pouvoirs de la Couronne, y compris aux mesures législatives.

[76] Les arrêts *Nation haïda* et *Sparrow* fournissent des analyses distinctes non pas selon le genre de mesure gouvernementale en litige, mais selon la nature de l'intervention dans les droits garantis par l'art. 35. L'arrêt *Sparrow* établit un cadre d'analyse pour déterminer si la mesure gouvernementale, y compris l'exercice d'un pouvoir législatif ou

infringement can be justified. *Haida Nation*, on the other hand, obliges the government to consult when it contemplates action that has the potential to adversely affect those same rights and claims. Together, these complementary obligations ensure that the honour of the Crown is upheld throughout all actions which engage its special relationship with Aboriginal peoples. The government has both the obligation to consult, and the obligation to justify infringements — neither duty takes away from the other, and each can be owed and breached independently.

[77] The coextensive nature of these two duties was confirmed in *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 257 (per McLachlin C.J.). As this case makes clear, the procedural duty to consult applies *in addition to* the government's substantive obligation to act in a way that is consistent with Aboriginal and treaty rights guaranteed by s. 35 (para. 80). To justify an infringement, the Crown must demonstrate that it complied with its procedural duty at the time that the action was contemplated, that the infringement is backed by a compelling and substantial objective, and that the public benefit achieved is proportionate to any adverse effect on the Aboriginal interest (*Tsilhqot'in*, at para. 125). The same analysis applies whether the infringing action is legislative or executive in nature (paras. 77 and 125).

[78] Because the rationale for the duty to consult applies equally as in the executive context, it would make little sense to adopt a different analytical approach where legislative action is impugned. Ongoing consultation is preferable to the backward-looking approach of subsequent challenges, since it protects s. 35 rights from irreversible harm and enhances reconciliation. Most importantly, this approach recognizes that the legislative sphere is not excluded from the honour of the Crown, which attaches to all exercises of sovereignty. Both grounded in the honour of the Crown, the *Haida Nation* and *Sparrow* frameworks cover all arenas of decision-making equally, providing for consultation where the

exécutif, constitue une atteinte aux droits protégés par l'art. 35, et si cette atteinte peut être justifiée. L'arrêt *Nation haïda*, en revanche, oblige le gouvernement à consulter lorsqu'il envisage une mesure qui est susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ces mêmes droits et revendications. Ensemble, ces obligations complémentaires veillent à ce que l'honneur de la Couronne soit préservé dans l'ensemble des mesures qui font intervenir sa relation particulière avec les peuples autochtones. Le gouvernement a à la fois l'obligation de consulter et l'obligation de justifier les atteintes — aucune obligation n'enlève quoi que ce soit à l'autre, et l'existence de l'une ainsi que le manquement qui peut en découler ne dépendent pas de l'autre.

[77] L'existence conjointe de ces deux obligations a été confirmée par l'arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257 (la juge en chef McLachlin). Comme il y est clairement indiqué, l'obligation procédurale de consulter s'applique *en plus de* l'obligation substantielle qui incombe au gouvernement d'agir en conformité avec les droits ancestraux et issus de traités protégés par l'art. 35 : par. 80. Pour justifier une atteinte, la Couronne doit démontrer qu'elle s'est acquittée de son obligation procédurale au moment où la mesure était envisagée, que l'atteinte poursuit un objectif impérieux et réel, et que l'avantage qu'en retire le public est proportionnel à tout effet préjudiciable de la mesure sur l'intérêt autochtone : *Tsilhqot'in*, par. 125. La même analyse s'applique, que la mesure soit de nature législative ou exécutive : par. 77 et 125.

[78] Puisque le fondement même de l'obligation de consulter s'applique aussi bien en contexte exécutif qu'en contexte législatif, il ne serait pas logique d'adopter une approche analytique différente lorsqu'une mesure législative est contestée. Il est préférable de mener des consultations tout au long du processus plutôt que d'adopter l'approche qui consisterait à contester la mesure après coup, puisque la consultation protège les droits garantis par l'art. 35 d'un préjudice irréparable et favorise la réconciliation. Plus important encore, cette façon de faire reconnaît que la sphère législative n'échappe pas au principe de l'honneur de la Couronne, qui se rattache à tout exercice de la souveraineté. Tous deux ancrés

potential for adverse effects arises, and the obligation to provide justification where infringements result. To revive a pre-*Haida Nation* state of affairs in this context would essentially extinguish the honour of the Crown in the legislative process by conflating the government's duty to consult with its distinct obligation to justify infringements.

[79] Endorsing such a void in the honour of the Crown would also leave a corresponding gap in the s. 35 framework. *Haida Nation* provides consultation remedies on a reduced threshold, based on the potential for adverse effects on a claimed or asserted right. If legislative decisions were only subject to the *Sparrow* framework, Indigenous groups with established rights would be required to meet the more onerous infringement threshold in order to access consultation rights, and those with unproven claims would be excluded entirely. Adverse effects which do not rise to the level of a *prima facie* infringement would be without remedy, leaving Aboriginal rights-holders vulnerable to the same government objectives carried out through legislative, rather than executive, action.

[80] This result would be contrary to the spirit of the Court's decision in *Haida Nation* and would sit uncomfortably with the approach adopted in *Mikisew Cree*. Where the government takes up land under Treaty No. 8, it is not appropriate to move directly to a *Sparrow* analysis; the court must first consider whether the process was compatible with the honour of the Crown (*Mikisew Cree*, at paras. 57 and 59). Action which would adversely affect the Mikisew's guaranteed rights to hunt, fish, and trap, triggers a duty to consult, whether or not an infringement results (para. 34). The underlying premise of the decision in *Mikisew Cree* would be frustrated if the same action could be carried out through legislation

dans le principe de l'honneur de la Couronne, les cadres d'analyse établis par les arrêts *Nation haïda* et *Sparrow* englobent tous les champs du processus décisionnel également, exigeant une consultation dès l'existence potentielle d'effets préjudiciables et l'obligation de justifier toute atteinte qui pourrait en découler. Rétablir la situation qui existait avant l'arrêt *Nation haïda* dans ce contexte reviendrait essentiellement à soustraire le processus législatif de l'application du principe de l'honneur de la Couronne en confondant l'obligation de consulter du gouvernement avec son obligation distincte de justifier les atteintes.

[79] Approuver une telle lacune dans le principe de l'honneur de la Couronne laisserait également un vide dans le cadre d'analyse régissant l'art. 35. L'arrêt *Nation haïda* donne ouverture à des mesures de consultation après l'atteinte d'un seuil réduit, en fonction de l'existence potentielle d'effets préjudiciables sur un droit revendiqué ou établi. Si les décisions législatives étaient uniquement assujetties au cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Sparrow*, les groupes autochtones ayant des droits établis seraient tenus de satisfaire au critère d'atteinte le plus sévère pour exercer leurs droits d'être consultés, et ceux dont les revendications ne sont pas établies seraient totalement exclus. Les effets préjudiciables qui ne s'élèveraient pas au rang d'atteinte *prima facie* ne pourraient être redressés, laissant les titulaires de droits ancestraux vulnérables aux mêmes objectifs gouvernementaux réalisés grâce à des mesures législatives plutôt qu'exécutives.

[80] Ce résultat serait contraire à l'esprit de l'arrêt *Nation haïda* de la Cour et cadrerait difficilement avec l'approche adoptée dans l'arrêt *Première nation crie Mikisew*. Lorsque le gouvernement prend des terres en application du Traité n° 8, il ne convient pas de passer directement à une analyse fondée sur l'arrêt *Sparrow*; le tribunal doit d'abord examiner si le processus était compatible avec l'honneur de la Couronne : *Première nation crie Mikisew*, par. 57 et 59. Une mesure qui aurait un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage garantis aux Mikisew déclencherait l'obligation de consulter, peu importe qu'il y ait eu atteinte ou pas : par. 34. La prémisse qui sous-tend la décision dans

without consultation. Notably, while *Mikisew Cree* dealt with the “taking up” clause, Treaty No. 8 similarly subjects the Mikisew’s treaty rights to “such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty”. This process, too, must be carried out with honour.

[81] As this discussion reveals, there is no doctrinal or conceptual justification which would preclude a duty to consult in the legislative context. But this appeal calls on this Court to consider whether and how the principles of parliamentary sovereignty and privilege constrain the justiciability of the duty to consult when applied to legislative action.

[82] Parliamentary sovereignty invokes the concept that Parliament has the power to make or unmake any law whatever (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 12-1). Parliamentary privilege or immunity describes the set of powers and privileges possessed by the federal Houses of Parliament and provincial legislative assemblies that are necessary to their capacity to function as legislative bodies (Hogg, at p. 1-13).

[83] I do not share the view of my colleagues that the separation of powers and parliamentary privilege necessarily immunize the law-making process from judicial scrutiny to assess adequate consultation with Indigenous peoples. The government’s obligation to consult on the enactment of legislation which regulates Aboriginal rights has been considered a justiciable issue since the Court’s decision in *Sparrow* first identified consultation as a relevant marker of justification. With respect, it is difficult to see how assessing consultation under the *Sparrow* justification analysis would not similarly offend these principles. And I fail to see how these principles would preclude enforcing the duty to consult under s. 35, but not modern treaty provisions implemented by

Première nation crie Mikisew serait contrecarrée si la même mesure pouvait être exécutée au moyen d’une loi sans consultation. Fait à noter, bien que l’arrêt *Première nation crie Mikisew* portait sur la disposition régissant la « prise », le Traité n° 8 assujettit de la même façon les droits issus de traités des Mikisew à [TRADUCTION] « tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté ». Ce processus doit également être exécuté avec honneur.

[81] Comme le révèle la présente analyse, il n’existe aucune justification, sur les plans tant doctrinal que conceptuel, qui exclurait l’obligation de consulter dans le contexte législatif. Le présent appel invite toutefois la Cour à examiner si et comment les principes de la souveraineté parlementaire et du privilège parlementaire restreignent le pouvoir des cours de justice de faire respecter l’obligation de consulter lorsqu’elle est appliquée à la prise de mesures législatives.

[82] La souveraineté parlementaire fait appel au concept selon lequel le Parlement détient le pouvoir d’adopter et d’abroger quelque loi que ce soit : Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 12-1. Le privilège ou l’immunité parlementaire décrit l’ensemble des pouvoirs et privilèges dont jouissent les chambres du Parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales qui sont nécessaires pour qu’elles puissent fonctionner comme entités législatives : Hogg, p. 1-13.

[83] Je ne partage pas l’opinion de mes collègues selon laquelle la séparation des pouvoirs et le privilège parlementaire immunisent nécessairement le processus législatif contre le contrôle judiciaire qui viserait à évaluer s’il y a eu une consultation adéquate des peuples autochtones. L’obligation du gouvernement de consulter lorsqu’il édicte des lois qui réglementent des droits ancestraux est considérée comme une question que les tribunaux sont appelés à faire respecter depuis que la Cour, dans l’arrêt *Sparrow*, a reconnu pour la première fois que la consultation est un indicateur pertinent de la justification. À mon avis, il est difficile de voir comment le fait d’évaluer la consultation dans le cadre de l’analyse de la justification préconisée par

legislation which provide for Crown consultation with First Nations in respect of legislative developments and amendments.⁴

[84] It seems to me that the issues in this appeal require this Court to reconcile, not choose between, protecting the legislative process from judicial interference and protecting Aboriginal rights from the legislative process. As my colleagues explain, the concepts of parliamentary sovereignty and parliamentary privilege are central to ensuring that the legislative branch of government is able to do its work without undue interference (*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, [2013] 3 S.C.R. 3, at paras. 28-29; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 41; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 389). But these concepts cannot displace the honour of the Crown. The jurisprudence makes clear that the right of Aboriginal groups to be consulted on decisions that may adversely affect their interests is not merely political, but a legal right with constitutional force (*Haida Nation*, at paras. 10 and 34; *Sparrow*, at pp. 1103-4). I do not accept an approach that replaces an enforceable legal right to consultation, with a vague and unenforceable right to “honourable dealing”. The duty to consult is not a *suggestion* to consult, it is a duty, just as the honour of the Crown is not a mere “incantation” or aspirational goal (*Haida Nation*, at para. 16).

[85] There is no doubt that the honour of the Crown and the corresponding duty to consult may have an impact on the legislative process. But that is

⁴ Factum of the Joint Intervenors, Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, and the First Nations of the Maa-nulth Treaty Society.

l'arrêt *Sparrow* ne contreviendrait pas de la même façon à ces principes. Je ne vois en outre pas comment ces principes compromettraient l'application de l'obligation de consulter consacrée à l'art. 35, mais pas les dispositions des traités modernes mis en œuvre par une loi qui prévoit que la Couronne doit consulter les Premières Nations lorsqu'elle élabore et modifie des lois⁴.

[84] Il me semble que les questions soulevées par le présent appel exigent que la Cour concilie la protection du processus législatif de l'interférence des tribunaux et celle des droits des Autochtones du processus législatif, plutôt que de choisir entre elles. Comme l'expliquent mes collègues, les concepts de souveraineté et de privilège parlementaires sont fondamentaux pour assurer que la branche législative du gouvernement est en mesure de s'acquitter de son travail sans interférence indue : *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 28-29; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 41; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 389. Ces concepts ne peuvent toutefois pas supplanter le principe de l'honneur de la Couronne. La jurisprudence indique clairement que le droit des groupes autochtones d'être consultés quant aux décisions susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur leurs intérêts n'est pas simplement politique. Il s'agit d'un droit juridique ayant force constitutionnelle : *Nation haïda*, par. 10 et 34; *Sparrow*, p. 1103-1104. Je ne saurais accepter une approche qui remplace un droit juridique exécutoire d'être consulté par le droit vague et non exécutoire à ce que le gouvernement « se conduise honorablement ». L'obligation de consulter n'est pas une *suggestion* de consulter, il s'agit d'une obligation, tout comme l'honneur de la Couronne n'est pas simplement une « belle formule » ou un objectif ambitieux : *Nation haïda*, par. 16.

[85] Il ne fait aucun doute que l'honneur de la Couronne et l'obligation correspondante de consulter peuvent avoir une incidence sur le processus

⁴ Mémoire des intervenants conjoints, Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, et First Nations of the Maa-nulth Treaty Society.

inevitable if the guarantee under s. 35 is to be taken seriously. Adjustments to the legislative process cannot justify the erasure of constitutionally mandated rights. Indeed, there would be little point in having a constitution if legislatures could proceed as if it did not exist when expedient.

[86] In *Sparrow*, the Court found it impossible to conceive of s. 35 as anything *other than* a constitutional limit on the exercise of parliamentary sovereignty (p. 1109). It seems to me quite ironic that parliamentary sovereignty would now be used as a shield to *prevent* the Mikisew's claim for consultation. With respect, such an approach reactivates the happily silenced spirit of *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), where Aboriginal rights were "dependent upon the good will of the Sovereign" (p. 54).

[87] The fact that these rights are political in implication does not detract from their enforceability in law, but highlights their essential role in reconciling Aboriginal and Crown sovereignty. Our Constitution places a responsibility on the executive and legislative branches, along with Indigenous leaders, to collaborate and reconcile competing claims and historical grievances (Dickson, at p. 146). This has been described as a generative constitutional order, which "mandates the Crown to negotiate with Aboriginal peoples for the recognition of their rights in a contemporary form that balances their needs with the interests of the broader society" (Brian Slattery, "Aboriginal Rights and the Honour of the Crown" (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, at p. 436; *Carrier Sekani*, at para. 38). This process is supported by the judiciary's role in enforcing the honour of the Crown, and holding the Crown accountable where that standard is not met. Unilateral action is the very antithesis of honour and reconciliation, concepts which underlie both the duty to consult and the very premise of modern Aboriginal law (*Mitchell*, at para. 11).

législatif. Cela est toutefois inévitable si l'on veut prendre au sérieux la garantie prévue à l'art. 35. La nécessité d'ajuster le processus législatif ne peut justifier l'effacement des droits garantis par la Constitution. En effet, il ne servirait à rien d'avoir une constitution si les assemblées législatives pouvaient procéder comme si elle n'existait pas lorsque c'est opportun.

[86] Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour a jugé impossible de concevoir l'art. 35 comme *autre chose qu'*une limite constitutionnelle à l'exercice de la souveraineté parlementaire : p. 1109. Il me semble plutôt ironique que le principe de la souveraineté parlementaire soit désormais utilisé comme bouclier pour *bloquer* la revendication des Mikisew de leur droit d'être consultés. À mon avis, une telle approche ranime l'esprit heureusement réprimé de la décision *St. Catherine's Milling et Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (C.P.), dans laquelle les droits ancestraux [TRADUCTION] « dépendaient du bon vouloir du souverain » : p. 54.

[87] Le fait que ces droits ont une incidence politique n'enlève rien à leur force exécutoire en droit. Cela met plutôt en relief leur rôle essentiel pour concilier la souveraineté autochtone et celle de la Couronne. Suivant notre Constitution, il incombe aux pouvoirs exécutif et législatif, ainsi qu'aux dirigeants autochtones, de collaborer et de concilier les revendications opposées et les griefs historiques : Dickson, p. 146. Il s'agit de ce qu'on a appelé l'ordre constitutionnel génératif, qui [TRADUCTION] « requiert que la Couronne négocie avec les peuples autochtones pour que leurs droits soient reconnus dans leur état actuel, qui met en balance leurs besoins, d'une part, et les intérêts de la société en général, d'autre part » : Brian Slattery, « Aboriginal Rights and the Honour of the Crown » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 433, p. 436; *Carrier Sekani*, par. 38. Ce processus est soutenu par le pouvoir judiciaire, qui a comme rôle de faire respecter l'honneur de la Couronne et de tenir celle-ci responsable lorsque cette norme n'est pas respectée. La mesure prise unilatéralement est l'antithèse même des principes d'honneur et de réconciliation, qui sous-tendent tant l'obligation de consulter que le fondement même du droit moderne des Autochtones : *Mitchell*, par. 11.

[88] Cases which advocate against intrusion into the parliamentary process must therefore be read in the context of a duty that is not only a constitutional imperative, but a recognition of the limits of Crown sovereignty itself. The unique nature of s. 35 means that its limits can be distinguished from cases which considered the impact of other rights and obligations on parliamentary sovereignty. In *New Brunswick Broadcasting Co.*, broadcasting companies had challenged the Nova Scotia House of Assembly's ban on television cameras as being contrary to s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects freedom of the press and other media communication. McLachlin J. was of the view that the reallocation of powers effected by the *Charter* did not go to the extreme of removing the legislature's inherent constitutional right to exclude strangers from its chamber (p. 389). However, while the *Charter* defines a sphere of rights for individuals that are protected from state action, the majority of the Constitution, including s. 35, allocates power between governing entities, such as the division of powers between the provincial and federal governments, or the separation of powers between the branches of government. In the same way, s. 35 defines the relationship between the sovereignty of the Crown and the "aboriginal peoples of Canada", mandating a process of reconciliation between the Crown and Indigenous groups.

[89] Similarly, in *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40 (per Major J.), the issue was whether the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III, provided any due-process protections for veterans when Parliament enacted legislation to make interest debt unenforceable. Major J. noted that "parliamentary tradition makes it clear that the only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent" (para. 37). But the relevance of this decision is necessarily limited by its context as a *Bill of Rights* case, which, unlike the *Constitution Act, 1982*, applies only to enacted legislation. As well, Major J.'s

[88] Les décisions qui préconisent une protection contre l'ingérence dans le processus parlementaire doivent donc être interprétées dans le contexte d'une obligation qui ne constitue pas seulement un impératif constitutionnel, mais qui consiste en une reconnaissance des limites de la souveraineté de la Couronne elle-même. La nature unique de l'art. 35 signifie que l'on peut établir une distinction entre ses limites et les décisions qui ont examiné les effets d'autres droits et obligations sur la souveraineté parlementaire. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.*, des sociétés de radiodiffusion ont contesté l'interdiction des caméras de télévision imposée par l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse en faisant valoir qu'elle était contraire à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protège la liberté de la presse et des autres moyens de communication. La juge McLachlin était d'avis que la réaffectation des pouvoirs occasionnée par la *Charte* n'allait pas jusqu'à éliminer le droit constitutionnel inhérent du Parlement d'exclure les étrangers de son enceinte : p. 389. Toutefois, bien que la *Charte* définisse un ensemble de droits individuels qui sont protégés contre les mesures de l'État, la majeure partie de la Constitution, y compris l'art. 35, répartit les pouvoirs entre les entités gouvernantes, comme la séparation des pouvoirs entre les gouvernements fédéral et provinciaux, ou la séparation des pouvoirs entre les différentes branches de l'État. De la même façon, l'art. 35 définit la relation entre la souveraineté de la Couronne et les « peuples autochtones du Canada », qui exige de concilier les intérêts de la Couronne et ceux des groupes autochtones.

[89] De même, dans l'arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40 (le juge Major), la question consistait à savoir si la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III, prévoyait des garanties d'application régulière de la loi aux anciens combattants lorsque le législateur a édicté la loi pour rendre une créance d'intérêts inexécutoire. Le juge Major a fait remarquer que selon la « tradition parlementaire, il est clair que tout ce qu'un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c'est qu'un projet de loi fasse l'objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu'il reçoive la sanction royale » : par. 37. Mais la pertinence de cette décision est forcément

concern that the interpretation of the *Bill of Rights* urged by the applicants “would effectively amend the Canadian constitution” (para. 41) is less compelling in the s. 35 context, where the limitations do in fact result from a constitutional amendment. Further, as s. 35 makes clear, it is inappropriate to equate Aboriginal peoples with “any citizen of Canada”, particularly when considering the procedural rights owed under the Constitution.

[90] In fact, other cases specifically contemplate the imposition of constitutional norms on the legislative process. For example, *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, relied on in *Authorson*, noted that the self-definitional nature of legislative procedure is “subject to any overriding constitutional or self-imposed statutory or indoor prescription” (p. 785). And *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, which articulates a strong protection for the formulation and introduction of a Bill against court intervention, specifically leaves aside the issue of review under the *Charter* where a guaranteed right could be affected (p. 559). As discussed above, although *New Brunswick Broadcasting Co.* suggests that procedural requirements will not readily be imposed in the *Charter* context, I am doubtful as to whether that reasoning is compelling when faced with a constitutional imperative under s. 35.

[91] While the judiciary must respect the separate roles of each institution in our constitutional order, its own role is to maintain the rule of law and protect the rights guaranteed by the Constitution (*Criminal Lawyers’ Association*, at paras. 28-29; *New Brunswick Broadcasting Co.*, at p. 389). It would be a mistake, in my respectful view, to interpret parliamentary sovereignty in a way that eradicates the obligations under the honour of the Crown that arose

limitée par son contexte, soit la *Déclaration canadienne des droits*, qui, contrairement à la *Loi constitutionnelle de 1982*, s’applique uniquement aux lois édictées. De plus, la préoccupation du juge Major selon laquelle l’interprétation de la *Déclaration canadienne des droits* préconisée par les demandeurs « modifierait la Constitution canadienne » (par. 41) est moins convaincante dans le contexte de l’art. 35, où les restrictions découlent de fait d’une modification constitutionnelle. De plus, comme l’art. 35 l’indique clairement, il ne convient pas d’assimiler les peuples autochtones à « un citoyen canadien », particulièrement lorsqu’il est question des droits procéduraux prévus par la Constitution.

[90] En fait, d’autres décisions envisagent expressément l’imposition de normes constitutionnelles au processus législatif. Par exemple, dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, sur lequel est fondé l’arrêt *Authorson*, la Cour a indiqué que l’auto-définition de la procédure législative s’exerce « sous réserve de prescriptions constitutionnelles prépondérantes, ou de prescriptions auto-imposées par la loi ou internes » : p. 785. Et, dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, qui établit que la rédaction et le dépôt d’un projet de loi ne devraient absolument pas faire l’objet d’une intervention des tribunaux, la Cour ne traite expressément pas de la question de l’examen fondé sur la *Charte* lorsqu’il pourrait être porté atteinte à un droit garanti : p. 559. Comme je l’ai déjà dit, bien que l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co.* donne à penser que des exigences procédurales ne seront pas facilement imposées dans le contexte de la *Charte*, je doute que ce raisonnement soit convaincant en présence de l’impératif constitutionnel établi à l’art. 35.

[91] Bien que le pouvoir judiciaire doive respecter les rôles distincts de chaque institution dans notre ordre constitutionnel, son propre rôle consiste à veiller au respect du principe de la primauté du droit et à protéger les droits garantis par la Constitution : *Criminal Lawyers’ Association*, par. 28-29; *New Brunswick Broadcasting Co.*, p. 389. À mon avis, il serait erroné d’interpréter la souveraineté parlementaire de manière à écarter les obligations découlant de

at its assertion. Like all constitutional principles, parliamentary sovereignty must be balanced against other aspects of our constitutional order, including the duty to consult (Zachary Davis, “The Duty to Consult and Legislative Action” (2016), 79 *Sask. L. Rev.* 17, at pp. 21-22). “Sovereign will” alone does not itself indicate legitimacy in the context of a constitutional democracy characterized by competing values, rights, and obligations (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 61-63).

[92] Although parliamentary sovereignty cannot displace the honour of the Crown, its force as a constitutional principle must be given adequate weight to achieve an appropriate balance between these concepts. The flexibility inherent in the duty to consult doctrine should be used to account for the wider area of discretion that legislatures must be afforded in the legislative context. Since the content of the duty to consult depends heavily on the circumstances, I see no reason why the unique challenges raised in the legislative sphere cannot be addressed by the spectrum of consultation and accommodation duties that may arise (*Delgamuukw*, at para. 168; *Haida Nation*, at paras. 43-45). Commonly observed duties of consultation such as notice to affected parties and the opportunity to make submissions are hardly foreign to the law-making process. Further, not every legislative effort will attract a duty of consultation. The duty is only triggered where the Crown, with knowledge of the potential existence of the Aboriginal right or title in question, contemplates enacting legislation that might adversely affect it. These potential impacts must be sufficiently foreseeable and direct to engage the honour of the Crown.

[93] The procedure and scope of remedies available where the government breaches its duty to consult in the law-making process will also necessarily be limited by the constitutional balance between the judiciary and the legislature. On judicial review of

l’honneur de la Couronne qui ont pris naissance dès lors que la souveraineté a été proclamée. Comme tous les principes constitutionnels, la souveraineté parlementaire doit être mise en balance avec d’autres aspects de notre ordre constitutionnel, dont l’obligation de consulter : Zachary Davis, « The Duty to Consult and Legislative Action » (2016), 79 *Sask L. Rev.* 17, p. 21-22. La « volonté souveraine » à elle seule n’atteste pas en soi de la légitimité dans le contexte d’une démocratie constitutionnelle caractérisée par des valeurs, des droits et des obligations opposés : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 61-63.

[92] Même si la souveraineté parlementaire ne peut supplanter l’honneur de la Couronne, il importe de donner à sa force en tant que principe constitutionnel le poids qui convient afin d’atteindre un juste équilibre entre ces concepts. La souplesse inhérente à la doctrine de l’obligation de consulter devrait être utilisée pour tenir compte du pouvoir discrétionnaire plus large dont le législateur doit pouvoir jouir dans le contexte législatif. Puisque la portée de l’obligation de consulter est fortement tributaire des circonstances, je ne vois pas pourquoi l’éventail des obligations de consulter et d’accommoder qui peuvent prendre naissance ne suffit pas pour répondre aux difficultés singulières soulevées dans la sphère législative : *Delgamuukw*, par. 168; *Nation haïda*, par. 43-45. Des obligations de consulter vues couramment comme celle d’aviser les parties concernées et de leur donner l’occasion de présenter des observations ne sont pas étrangères au processus législatif. En outre, les mesures législatives ne vont pas toutes donner naissance à une obligation de consulter. Cette obligation est déclenchée uniquement lorsque la Couronne, ayant connaissance de l’existence potentielle du droit ou du titre ancestral en cause, envisage d’adopter une loi qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou ce titre. Ces effets potentiels doivent être suffisamment prévisibles et directs pour engager l’honneur de la Couronne.

[93] La procédure applicable et l’étendue des mesures de réparation lorsque le gouvernement manque à son obligation de consulter dans le contexte du processus législatif seront forcément aussi limitées par la mise en balance constitutionnelle entre le

executive action, consultation challenges are often initiated prior to the decision being made, and common remedies include an order for consultation, appointment of a mediator, and ongoing court supervision (Newman, at p. 78; *Clyde River*, at para. 24). Conversely, in my view institutional constraints in the legislative context require that applicants challenge existing legislation. It would unduly interfere with the legislative process to allow direct challenges to a legislature's procedure prior to the enactment of legislation. Parliament has exclusive control over its own proceedings, which should be respected by the courts (*New Brunswick Broadcasting Co.*, at p. 386). While it is not the role of the courts to dictate the procedures legislatures adopt to fulfill their consultation obligations, they may consider whether the chosen process accords with the special relationship between the Crown and Indigenous peoples of Canada. This need not be any more onerous than the judicial oversight already conducted under the *Sparrow* justification inquiry.

[94] Challenging existing legislation on procedural grounds is not a novel proposition in Canadian law. In *British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia*, [2016] 2 S.C.R. 407, rev'g (2015), 71 B.C.L.R. (5th) 223 (C.A.), the majority of the Court endorsed Donald J.A.'s approach to collective bargaining rights under s. 2(d) of the *Charter* in the British Columbia Court of Appeal that would permit courts to consider a lack of consultation in the legislative context. Donald J.A. in his dissent held that Parliament could not act unilaterally through legislation to amend employment terms without satisfying its constitutional obligations to engage in pre-legislative consultation as a substitute for collective bargaining under s. 2(d). Similar to the duty to consult in the Aboriginal context, freedom of association in the labour relations context guarantees the right to a meaningful process in which to pursue workplace goals (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 94; *Saskatchewan Federation*

pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Dans le cadre du contrôle judiciaire d'une mesure exécutive, les recours relatifs à la consultation sont souvent intentés avant que la décision soit prise, et les réparations habituelles comprennent notamment une ordonnance enjoignant à la Couronne de consulter, la nomination d'un médiateur et une supervision judiciaire continue : Newman, p. 78; *Clyde River*, par. 24. Inversement, à mon sens, les contraintes institutionnelles dans le contexte législatif exigent que les demandeurs contestent la loi existante. Autoriser les contestations directes de la procédure parlementaire avant l'adoption de la loi empiéterait indûment sur le processus législatif. Le Parlement a le contrôle exclusif de ses propres débats, qui doivent être respectés par les tribunaux : *New Brunswick Broadcasting Co.*, p. 386. Bien que les tribunaux n'aient pas le rôle de dicter les procédures que les législateurs doivent adopter pour respecter leur obligation de consulter, ils peuvent néanmoins examiner si le processus choisi concorde avec la relation particulière qu'entretient la Couronne avec les peuples autochtones du Canada. Cet exercice n'a pas à être plus exigeant que le contrôle judiciaire déjà effectué dans le cadre de l'analyse de la justification fondée sur l'arrêt *Sparrow*.

[94] Contester une loi existante sur le fondement de vices de procédure n'est pas nouveau en droit canadien. Dans l'arrêt *British Columbia Teachers' Federation c. Colombie-Britannique*, [2016] 2 R.C.S. 407, inf. (2015), 71 B.C.L.R. (5th) 223 (C.A.), les juges majoritaires de la Cour ont approuvé la démarche suivie par le juge Donald de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique relativement au droit de négocier collectivement garanti par l'al. 2d) de la *Charte*, qui permettrait aux tribunaux de prendre en considération l'absence de consultation dans le contexte législatif. Dans sa dissidence, le juge Donald a conclu que le Parlement ne pouvait agir unilatéralement au moyen d'une mesure législative pour modifier des modalités d'emploi sans s'acquitter de ses obligations constitutionnelles de tenir une consultation antérieure à l'adoption de la loi comme substitut à la négociation collective protégée par l'al. 2d). Semblable à l'obligation de consulter dans le contexte autochtone, la liberté d'association en contexte de relations du travail garantit le droit à un processus de

of Labour v. Saskatchewan, [2015] 1 S.C.R. 245, at para. 53).

[95] In his reasons, Donald J.A. recognized that it made no difference to the employees' s. 2(d) rights whether the terms of employment were captured in a traditional collective agreement or through the passage of legislation (para. 287). Even in the legislative context, a *Charter* breach could be grounded in the government's failure to consult in good faith prior to enactment. Donald J.A. was alive to the responsibility of the courts to monitor and restrain government actions to maintain a check on power imbalance in the labour relations context. "[A]n obligation to consult in this context does not unduly restrict the Legislature any more than all the other rights and freedoms enumerated in the *Charter* restrict the Legislature" (para. 293). Nor does the honour of the Crown under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[96] However, this does not mean that a successful *Haida Nation* challenge will necessarily invalidate legislation. The duty to consult is about encouraging governments to consider their effects on Indigenous communities and consult proactively, and should not replace the *Sparrow* infringement test or become a means by which legislation is routinely struck down (see Newman, at p. 63). In this sense, the duty to consult differs from constitutional (and self-imposed) manner and form requirements, which are another accepted instance of court review of legislative processes (see e.g. *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Gallant v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425 (P.E.I.S.C.) (per Campbell C.J.)). Failure to comply with a manner and form requirement will result in the legislation being invalid, as there is "no doubt as to the binding character of the rules in the Constitution" (Hogg, at pp. 12-11, 12-18 and 12-19). However, the duty to consult is a constitutional obligation that must be satisfied, not a

négociation collective véritable permettant la réalisation d'objectifs liés au travail : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 94; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245, par. 53.

[95] Dans ses motifs, le juge Donald de la Cour d'appel a reconnu que le fait que les modalités d'emploi soient exprimées dans une convention collective traditionnelle ou au moyen de l'adoption d'une loi ne faisait aucune différence quant aux droits garantis aux employés par l'al. 2d) : par. 287. Même dans le contexte législatif, une violation de la *Charte* peut découler du défaut du gouvernement de consulter de bonne foi avant l'adoption de la loi. Le juge Donald était conscient de la responsabilité des tribunaux de surveiller et de restreindre les mesures gouvernementales afin de contrôler le déséquilibre des forces en contexte de relations du travail. [TRADUCTION] « [L]'obligation de consulter dans ce contexte ne restreint pas indûment le législateur, pas plus d'ailleurs que tous les autres droits et libertés protégés par la *Charte* ne restreignent le législateur » : par. 293. Il en est de même pour l'obligation qui incombe à la Couronne en application de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* d'agir honorablement.

[96] Toutefois, cela ne signifie pas qu'une contestation fondée sur l'arrêt *Nation haïda*, si elle était accueillie, invaliderait nécessairement la loi. L'obligation de consulter vise à encourager les gouvernements à tenir compte des effets des mesures qu'ils adoptent sur les collectivités autochtones et à consulter de façon proactive. Elle ne devrait pas remplacer le test de l'atteinte énoncé dans l'arrêt *Sparrow* ou devenir un moyen de routine pour invalider la loi : Newman, p. 63. En ce sens, l'obligation de consulter diffère des modalités et de la forme requises (et auto-imposées) en matière constitutionnelle, qui permettent également le contrôle judiciaire du processus législatif : voir, p. ex., *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Gallant c. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425 (C.S. Î.-P.-É.) (le juge en chef Campbell). Le défaut de se conformer à une modalité et à une forme requises entraîne l'invalidité de la loi, puisque [TRADUCTION] « le caractère exécutoire des règles dans la Constitution ne fait aucun

rule of procedure itself. The test is what will uphold the honour of the Crown and effect reconciliation in those circumstances (*Haida Nation*, at para. 45).

[97] Without ruling out the possibility that in certain cases legislation enacted in breach of the duty to consult could be struck down by the reviewing court, a declaration will generally be the appropriate remedy. Declaratory relief in these circumstances recognizes that the ultimate purpose of the duty to consult is reconciliation, which “is not a final legal remedy in the usual sense” (*Haida Nation*, at para. 32). In *Manitoba Metis Federation*, a declaration was issued to the effect that Canada did not act diligently to fulfill the specific obligation to the Métis contained in s. 31 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3. This constituted a failure of another specific obligation flowing from the honour of the Crown — the duty to purposively and diligently fulfill constitutional obligations (Dickson, at p. 116). Declarations are a narrow remedy that may be ordered whether or not consequential relief is available (*Manitoba Metis Federation*, at para. 143). In the legislative context, a declaration allows courts to shape the legal framework while respecting the constitutional role of another branch of government to act within those constraints (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44, at paras. 46-47).

[98] Therefore, an Indigenous group will be entitled to declaratory relief where the Crown has failed to consult during the process leading to the enactment of legislation that could adversely affect its interests. Such a remedy has the practical effect of clarifying what the obligations and rights of both parties are in their special relationship and process of reconciliation (*Mohawks of the Bay of Quinte v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern*

doute » : Hogg, p. 12-11, 12-18 et 12-19. Toutefois, l’obligation de consulter est une obligation constitutionnelle qu’il faut respecter, et non une règle de procédure en soi. Le test consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l’honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts dans ces circonstances : *Nation haïda*, par. 45.

[97] Sans écarter la possibilité que, dans certains cas, une loi adoptée en violation de l’obligation de consulter puisse être invalidée par une cour de révision, la mesure de redressement généralement appropriée prendra la forme d’une déclaration. Le jugement déclaratoire dans ces circonstances reconnaît que l’objectif fondamental de l’obligation de consulter est la conciliation, qui « ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme » : *Nation haïda*, par. 32. Dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*, la Cour a prononcé un jugement déclarant que le Canada n’avait pas agi avec diligence dans l’exécution de l’obligation précise envers les Métis prévue à l’art. 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3. Ce défaut a entraîné un manquement à une autre obligation précise découlant de l’honneur de la Couronne — l’obligation de s’acquitter de ses obligations constitutionnelles de façon téléologique et avec diligence : Dickson, p. 116. Les jugements déclaratoires constituent une réparation d’une portée restreinte, qui peut être ordonnée, peu importe si une mesure de redressement consécutive peut être accordée : *Manitoba Metis Federation*, par. 143. En contexte législatif, le jugement déclaratoire permet aux tribunaux de façonner le cadre juridique tout en respectant le rôle constitutionnel d’une autre branche de l’État d’agir à l’intérieur de ces limites : *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 46-47.

[98] Par conséquent, un groupe autochtone a droit à un jugement déclaratoire si la Couronne ne l’a pas consulté durant le processus menant à l’édiction d’une loi qui pourrait avoir un effet préjudiciable sur ses intérêts. Une mesure de redressement de ce type a l’effet concret de clarifier quels sont les obligations et les droits des deux parties dans le contexte de leur relation particulière et du processus de conciliation : *Mohawks of the Bay of Quinte c. Ministre*

Development) (2013), 434 F.T.R. 241, at para. 61 (per Rennie J.)).

I. Disposition

[99] Since the Federal Court lacked jurisdiction to consider a judicial review under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, the appeal should be dismissed.

The following are the reasons delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[100] This appeal presents two issues. First, does the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, authorize judicial review of the impugned conduct which underlies Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review? And, secondly, does the impugned conduct in this case trigger the duty to consult?

[101] I would answer both questions in the negative. I agree with the reasons of the majority of the Federal Court of Appeal (2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298). Sections 2(1), 2(2) and 18.1 of the *Federal Courts Act* preclude judicial review of the development, drafting or introduction of the omnibus bills. Ministers of the Crown engaged in the development, drafting or introduction of legislation are acting as legislators empowered by Part IV of the *Constitution Act, 1867*. They are not a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of the *Federal Courts Act* and are, therefore, not subject to judicial review when acting in that capacity.

[102] Further, the separation of powers and parliamentary privilege apply to parliamentary proceedings and to the process leading to the introduction of a bill in the House of Commons. The development, drafting and introduction of the omnibus bills are immune from judicial interference. In addition, none

des Affaires indiennes et du Nord canadien, 2013 CF 669, par. 61 (CanLII) (le juge Rennie).

I. Dispositif

[99] Puisque la Cour fédérale n’avait pas compétence pour examiner la demande de contrôle judiciaire fondée sur les art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[100] Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, autorise-t-elle le contrôle judiciaire de la conduite contestée qui sous-tend la demande d’un tel contrôle présentée par la Mikisew Cree First Nation (ci-après la « Première Nation crie Mikisew »)? Et, deuxièmement, la conduite contestée en l’espèce donne-t-elle naissance à l’obligation de consulter?

[101] Je répondrais à ces deux questions par la négative. Je souscris aux motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale : 2016 CAF 311, [2017] 3 R.C.F. 298. Les paragraphes 2(1) et 2(2) ainsi que l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* empêchent le contrôle judiciaire de l’élaboration, de la rédaction ou du dépôt des projets de loi omnibus. Lorsque les ministres de la Couronne participent à l’élaboration, à la rédaction ou au dépôt d’un projet de loi, ils agissent à titre de législateurs et tirent leur pouvoir de la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et non pas à titre d’« office fédéral » au sens de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les décisions prises par les ministres lorsqu’ils s’acquittent de leurs fonctions législatives ne peuvent donc pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire.

[102] De plus, les principes de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire s’appliquent aux activités parlementaires ainsi qu’au processus menant au dépôt d’un projet de loi à la Chambre des communes. L’élaboration, la rédaction et le dépôt des projets de loi omnibus sont ainsi à l’abri

of the actions taken in relation to the development, drafting and introduction of the omnibus bills can be characterized as “Crown conduct” which triggers the duty to consult. In this case, the impugned conduct is, in its entirety, an exercise of legislative power (that is, part of the law-making process) and is therefore not executive conduct, to which the duty to consult applies.

[103] While my colleague Karakatsanis J. appears to accept that parliamentary privilege and the separation of powers preclude judicial imposition of the duty to consult (paras. 2 and 38-50), her conclusions are, with respect, less than categorical on this point (para. 2: “courts should *exercise restraint*”; paras. 2, 32 and 41: “the duty to consult doctrine is *ill-suited*”; para. 29: “whether the duty to consult is *the appropriate means*”; para. 32: “courts should *forebear* from intervening in the law-making process”; para. 35: “this *reluctance* to supervise the law-making process”; para. 38: “an *inappropriate* constraint”; para. 40: “an *enormously difficult* task” (emphasis added throughout)). For the reasons which follow (under the heading “II. C. The Development, Introduction, Consideration and Enactment of Bills Is Not ‘Crown Conduct’ Triggering the Duty to Consult”), whether a court may impose a duty to consult upon the process by which legislative power is exercised is not a question of mere “restraint”, “forbearance”, “reluctance”, or of deciding whether imposing a duty to consult would be an “ill-suited” or “inappropriate” constraint upon that exercise of power. Rather, it is a question of constitutionality going to the limits of judicial power, which should receive from a majority of this Court a clear and constitutionally correct answer.

[104] My colleague would, however, go further, raising — and then leaving open — the possibility that legislation which does not infringe s. 35 rights but may “adversely affect” them, might be found to

d’interventions judiciaires. En outre, aucune des actions menées dans le contexte de l’élaboration, de la rédaction et du dépôt des projets de loi omnibus ne peut être considérée comme une « conduite de la Couronne » donnant naissance à l’obligation de consulter. En l’espèce, la conduite contestée relève entièrement de l’exercice du pouvoir législatif (c’est-à-dire qu’elle fait partie intégrante du processus législatif) et ne constitue donc pas une conduite de l’exécutif à laquelle s’applique l’obligation de consulter.

[103] Ma collègue la juge Karakatsanis semble convenir que le privilège parlementaire et la séparation des pouvoirs empêchent les cours de justice d’imposer l’obligation de consulter : par. 2 et 38-50. J’estime en tout respect que ses conclusions sont loin d’être catégoriques à cet égard (par. 2 : « les tribunaux doivent *faire preuve de retenue* »; par. 2, 32 et 41 : « [l]a doctrine de l’obligation de consulter *ne convient pas* »; par. 29 : « si c’est *en invoquant* l’obligation de consulter »; par. 32 : « que les tribunaux *s’abstiennent* d’intervenir dans le processus législatif »; par. 35 : « cette *réticence* à surveiller le processus législatif »; par. 38 : « entraverait *indûment* »; par. 40 : « il serait *extrêmement difficile* » (italiques ajoutés)). Pour les motifs qui suivent (section intitulée « II. C. L’élaboration, le dépôt, l’examen et l’adoption des projets de loi ne constituent pas des “conduites de la Couronne” qui donnent naissance à l’obligation de consulter »), la question de savoir si une cour de justice peut imposer l’obligation de consulter dans le contexte du processus par lequel s’exerce le pouvoir législatif n’est pas qu’une simple question de « retenue », d’« abstention » ou de « réticence », ou une question de décider si l’imposition d’une telle obligation créerait une contrainte « indue » ou qui « ne convient pas » à cet exercice du pouvoir. Il s’agit plutôt d’une question de constitutionnalité touchant aux limites du pouvoir judiciaire, une question à laquelle une majorité des juges de la Cour devrait donner une réponse claire et correcte sur le plan constitutionnel.

[104] Ma collègue irait toutefois plus loin, en soulevant — mais sans trancher la question — la possibilité qu’une loi qui ne porte pas atteinte aux droits protégés par l’art. 35, mais qui serait « susceptible

be inconsistent with the honour of the Crown. (paras. 3 and 25). In so doing, however, she undercuts the same principles which have led her to conclude that imposing the duty to consult would be “inappropriate” in the circumstances of this case. Further, by raising the possibility (without, I note, having been asked to do so by any party to this appeal) that validly enacted and constitutionally compliant legislation which has not or could not be the subject of a successful s. 35 infringement claim can nonetheless be declared by a court to be “not consistent with [the honour of the Crown]” (para. 47), my colleague would throw this area of the law into significant uncertainty. Such uncertainty would have deleterious effects on Indigenous peoples, and indeed on all who rely upon the efficacy of validly enacted and constitutionally compliant laws.

[105] I therefore cannot endorse Karakatsanis J.’s reasons. While agreeing with her that the appeal should be dismissed, I write separately in an attempt to bring some analytical clarity to the matter. The facts, decisions below and relevant legislation are outlined in my colleague’s reasons.

II. Analysis

A. *The Federal Courts Act Precludes Review of Legislative Policy Development and Implementation Through Omnibus Bills by the Ministers and the Governor General in Council*

[106] First principles are instructive. The Federal Court is not a court of inherent jurisdiction. It follows that Parliament must grant jurisdiction in order for the Federal Court to hear and decide a matter (*Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at para. 43; *ITO — International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766). And, by enacting ss. 18, 18.1 and 28 of the *Federal Courts Act*, Parliament granted to the Federal Court and the Federal Court of Appeal exclusive jurisdiction

d’avoir un effet préjudiciable sur [eux] », pourrait être jugée incompatible avec l’honneur de la Couronne : par. 3 et 25. Ce faisant, elle mine toutefois les principes mêmes qui l’ont menée à conclure que l’imposition de l’obligation de consulter constituerait une entrave « indue » dans les circonstances de la présente cause. En outre, en soulevant la possibilité (je le souligne, sans qu’aucune des parties au présent appel n’en ait fait la demande) qu’une loi valablement adoptée et conforme à la Constitution, qui n’est pas ou ne pourrait être contestée avec succès sur le fondement de l’art. 35, peut néanmoins être déclarée « incompatible avec [l’honneur de la Couronne] » (par. 47) par une cour, ma collègue sèmerait une grande incertitude dans ce domaine du droit. Une telle incertitude nuirait aux peuples autochtones, et, de fait, à toutes les personnes qui se fient sur l’efficacité des lois valablement adoptées et conformes à la Constitution.

[105] Je ne peux donc pas souscrire aux motifs de la juge Karakatsanis. Je suis certes d’avis, comme elle, que l’appel devrait être rejeté, mais je rédige des motifs distincts pour tenter d’apporter à la question une certaine clarté sur le plan analytique. Les faits, les décisions des instances inférieures ainsi que la législation pertinente sont exposés dans les motifs de ma collègue.

II. Analyse

A. *La Loi sur les Cours fédérales empêche le contrôle de l’élaboration et de la mise en œuvre de politiques législatives au moyen de projets de loi omnibus par les ministres et le gouverneur général en conseil*

[106] Les principes de base sont instructifs. La Cour fédérale ne jouit pas d’une compétence inhérente. Le législateur doit donc lui conférer la compétence voulue pour qu’elle puisse entendre et trancher une affaire : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, par. 43; *ITO — International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, p. 766. En adoptant les art. 18, 18.1 et 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*, le législateur a accordé à la Cour fédérale et à la Cour d’appel fédérale la compétence exclusive

to review the actions taken or decisions made by a “federal board, commission or other tribunal”.

[107] Section 2(1) of the *Federal Courts Act* defines “federal board, commission or other tribunal” as follows:

Definitions

2 (1) In this Act,

...

federal board, commission or other tribunal means any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

[108] The Senate and House of Commons are expressly excluded from this definition by s. 2(2) of the *Federal Courts Act*:

Senate and House of Commons

(2) For greater certainty, the expression *federal board, commission or other tribunal*, as defined in subsection (1), does not include the Senate, the House of Commons, any committee or member of either House, the Senate Ethics Officer, the Conflict of Interest and Ethics Commissioner with respect to the exercise of the jurisdiction or powers referred to in sections 41.1 to 41.5 and 86 of the *Parliament of Canada Act*, the Parliamentary Protective Service or the Parliamentary Budget Officer.

[109] Taken together, ss. 2(1) and 2(2) identify the source of “the jurisdiction or powers” being exercised as the principal determinant of whether a decision-maker falls within the definition of a “federal board, commission or other tribunal” (*Anisman v. Canada Border Services Agency*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137, at paras. 29-31; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, at para. 47; D. J. M. Brown and J. M. Evans, with

pour contrôler les actes posés par un « office fédéral » ou les décisions prises par un tel « office ».

[107] Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* définit ainsi le terme « office fédéral » :

Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

office fédéral Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale, à l’exclusion de la Cour canadienne de l’impôt et ses juges, d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[108] Le Sénat et la Chambre des communes sont expressément exclus de cette définition aux termes du par. 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* :

Sénat et Chambre des communes

(2) Il est entendu que sont également exclus de la définition de *office fédéral* le Sénat, la Chambre des communes, tout comité de l’une ou l’autre chambre, tout sénateur ou député, le conseiller sénatorial en éthique, le commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique à l’égard de l’exercice de sa compétence et de ses attributions visées aux articles 41.1 à 41.5 et 86 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, le Service de protection parlementaire et le directeur parlementaire du budget.

[109] Ensemble, les para. 2(1) et 2(2) précisent que la source de la « compétence ou des pouvoirs » exercés est le facteur principal pour juger si un décideur est visé ou non par la définition d’« office fédéral » : *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52, par. 29-31 (CanLII); *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605, par. 47; D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec le concours de D. Fairlie, *Judicial*

the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 2:4310). And, the removal of legislative actors from the definition of “federal board, commission or other tribunal” statutorily affirms the general principle, to which I return below, that where the source of authority for exercising jurisdiction or powers is found in the law governing the legislative process, such an exercise is not judicially reviewable.

[110] Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review was directed at the respondent Ministers’ failure to consult regarding the development of “environmental policies”, including the implementation of such policies through the development and introduction of the two omnibus bills (*Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19 — Bill C-38; *Jobs and Growth Act, 2012*, S.C. 2012, c. 31 — Bill C-45; notice of application, A.R., at p. 122). Official actions undertaken by the executive which are neither granted by the Constitution nor properly understood as an exercise of a Crown prerogative must flow from “statutory authority clearly granted and properly exercised” (*Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at para. 20).

[111] Mikisew Cree First Nation has not, however, identified any point in the course of the omnibus bills’ development, drafting or introduction at which the Ministers were exercising a statutory power or a Crown prerogative. Rather, and as the majority of the Court of Appeal recognized (at para. 28), the departmental legislation relied upon by Mikisew Cree First Nation (A.F., at para. 101, fn. 109) for its claim that the Ministers were exercising their executive powers as ministers of the Crown during the policy development phase of law-making refers only to the scope of the Ministers’ mandate and their duties and functions in carrying out their mandate (see *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C. 1985, c. F-15; *Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C. 1985, c. I-6; *Department of the Environment Act*, R.S.C. 1985, c. E-10; *Department of Transport Act*, R.S.C. 1985, c. T-18; *Department of Natural Resources*

Review of Administrative Action in Canada (feuilles mobiles), rubrique 2:4310. En outre, le retrait des législateurs de la définition d’« office fédéral » confirme légalement le principe général, sur lequel je reviendrai plus loin, selon lequel l’exercice de la compétence ou des pouvoirs n’est pas susceptible de contrôle judiciaire lorsqu’il tire son origine du droit régissant le processus législatif.

[110] La demande de contrôle judiciaire présentée par la Première Nation crie Mikisew était fondée sur le fait que les ministres intimés ne l’avaient pas consultée dans le cadre de l’élaboration de [TRADUCTION] « politiques environnementales », y compris lors de la mise en œuvre de ces politiques par l’élaboration et le dépôt de deux projets de loi omnibus : la *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, c. 19 — projet de loi C-38; la *Loi de 2012 sur l’emploi et la croissance*, L.C. 2012, c. 31 — projet de loi C-45; avis de demande, d.a., p. 122. Les actes officiels posés par le pouvoir exécutif, qui ne sont ni prévus par la Constitution ni perçus à juste titre comme un exercice d’une prérogative de la Couronne, doivent relever « d’un pouvoir clairement conféré par la loi et exercé de façon régulière » : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 20.

[111] La Première Nation crie Mikisew n’a toutefois relevé aucun moment pendant l’élaboration, la rédaction ou le dépôt des projets de loi omnibus où les ministres ont exercé un pouvoir conféré par une loi ou une prérogative de la Couronne. Au contraire, comme l’ont reconnu les juges majoritaires de la Cour d’appel (par. 28), les lois habilitantes invoquées par la Première Nation crie Mikisew (m.a., par. 101, note en bas de page 109) pour établir que les ministres exerçaient des pouvoirs exécutifs à titre de ministres de la Couronne au cours de la phase d’élaboration des projets de loi ne font référence qu’à la portée du mandat des ministres ainsi qu’aux obligations et fonctions dont ils peuvent s’acquitter dans l’exécution de leur mandat : voir *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. 1985, c. F-15; *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. 1985, c. I-6; *Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. 1985, c. E-10;

Act, S.C. 1994, c. 41; *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11).

[112] I note that none of these statutes make express or implicit reference to the development of legislation for introduction in Parliament. The Ministers were not exercising power *in a ministerial — that is, executive — capacity*. And it follows that none of the impugned actions or decisions cited in Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review were made by a “federal board, commission or other tribunal”. As a result, the majority of the Court of Appeal correctly held that the courts below were not validly seized of this matter.

[113] This conclusion is also compelled by Part IV of the *Constitution Act, 1867* — entitled “Legislative Power”. Part IV sets out, *inter alia*, the powers of both houses of Parliament — the House of Commons and the Senate — in respect of whose exercise Parliament is sovereign, subject only to the limits of its legislative authority as set out in the *Constitution Act, 1867*. The development, introduction and consideration of bills in the House of Commons are all necessary exercises of legislative power in the law-making process. While Cabinet ministers are members of the executive, they participate in this process — for example, by presenting a government bill — not in an executive capacity, but in a legislative capacity.

[114] Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review therefore impugns the conduct of ministers who were acting as members of Parliament and who were, like all members of Parliament, empowered to legislate by Part IV of the *Constitution Act, 1867*. This fortifies my conclusion that the Federal Court did not have jurisdiction to consider Mikisew Cree First Nation’s application for judicial review.

[115] Even absent this jurisdictional bar, however, the separation of powers, parliamentary privilege, the

Loi sur le ministère des Transports, L.R.C. 1985, c. T-18; *Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.C. 1994, c. 41; *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11.

[112] Je constate qu’aucune de ces lois ne traite expressément ou implicitement de l’élaboration des projets de loi en vue de leur dépôt au Parlement. Les ministres n’exerçaient pas des *fonctions ministérielles, c’est-à-dire exécutives*. Il s’ensuit donc qu’aucune des mesures ou des décisions contestées dans la demande de contrôle judiciaire de la Première Nation crie Mikisew n’a été prise par un « office fédéral ». Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont donc conclu à bon droit que les tribunaux d’instances inférieures n’avaient pas été valablement saisis de l’affaire.

[113] Cette conclusion s’impose également compte tenu de la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*, intitulée « Pouvoir législatif ». En effet, cette partie décrit, notamment, les pouvoirs des deux Chambres du Parlement — la Chambre des communes et le Sénat — à l’égard desquels le Parlement est souverain, sous réserve uniquement des limites à son pouvoir législatif établies par la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’élaboration, le dépôt et l’examen des projets de loi par la Chambre des communes sont tous des exercices nécessaires du pouvoir législatif dans le cadre du processus législatif. Bien que les ministres du Cabinet soient des membres de l’exécutif, ils participent à ce processus — par exemple, en présentant des projets de loi gouvernementaux — en leur capacité législative, et non pas en leur capacité exécutive.

[114] La demande de contrôle judiciaire de la Première Nation crie Mikisew vise donc à contester la conduite adoptée par certains ministres qui agissaient à titre de députés et qui étaient, comme tous les députés, habilités à légiférer par la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela renforce ma conclusion voulant que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour examiner cette demande de contrôle judiciaire.

[115] Cela dit, même en faisant fi de cet obstacle juridictionnel, tant la séparation des pouvoirs que le

scope of judicial review properly understood and this Court's jurisprudence on the duty to consult all lead me to conclude that Mikisew Cree First Nation's application for judicial review cannot succeed.

B. *The Formulation and Introduction of Bills Is Protected From Judicial Review by the Separation of Powers and by Parliamentary Privilege*

(1) Separation of Powers

[116] There was disagreement, before this Court and the Court of Appeal, about the scope of activity which is protected by the separation of powers and by parliamentary privilege. Mikisew Cree First Nation argues that, while the formulation and introduction of a bill before Parliament is unreviewable legislative action, the development of policies that inform the formulation and introduction of a bill is carried out by public servants at the direction of ministers, and must therefore be viewed as executive conduct that is judicially reviewable. By contrast, Canada contends that the entire law-making process — from initial policy development to royal assent — is legislative activity that cannot be supervised by the courts.

[117] I agree with the majority of the Court of Appeal that the entire law-making process — from initial policy development to and including royal assent — is an exercise of legislative power which is immune from judicial interference. As this Court explained in *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 28, the making of "policy choices" is a legislative function, while the implementation and administration of those choices is an executive function. This precludes judicial imposition of a duty to consult in the course of the law-making process.

[118] The separation of powers protects the process of legislative policy-making by Cabinet and

privège parlementaire, la portée bien interprétée du contrôle judiciaire et la jurisprudence de la Cour sur l'obligation de consulter m'amènent à conclure que la demande de contrôle judiciaire de la Première Nation crie Mikisew ne peut pas être accueillie.

B. *La formulation et le dépôt des projets de loi échappent au contrôle judiciaire du fait de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire*

(1) La séparation des pouvoirs

[116] Tant devant la Cour que devant la Cour d'appel fédérale, les parties ont exprimé leur désaccord quant à la portée de l'activité qui est protégée par les principes de séparation des pouvoirs et de privilège parlementaire. La Première Nation crie Mikisew convient que la formulation et le dépôt d'un projet de loi au Parlement sont des mesures législatives qui échappent à tout contrôle judiciaire. Elle plaide toutefois que l'élaboration des politiques qui sous-tendent cette formulation et ce dépôt est effectuée par des fonctionnaires à la demande de ministres et doit donc être considérée comme une conduite de l'exécutif susceptible de contrôle judiciaire. En revanche, le Canada soutient que l'ensemble du processus législatif — de l'élaboration initiale des politiques à la sanction royale — est une activité législative qui ne peut pas être supervisée par les cours de justice.

[117] Je souscris à l'opinion des juges majoritaires de la Cour d'appel selon laquelle l'ensemble du processus législatif — de l'élaboration initiale des politiques à la sanction royale inclusivement — constitue un exercice du pouvoir législatif qui est à l'abri de l'ingérence des tribunaux. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 28, les « choix politiques » relèvent du pouvoir législatif, tandis que leur mise en œuvre et leur administration incombent au pouvoir exécutif. Cela empêche les tribunaux d'imposer une obligation de consulter dans le cadre du processus législatif.

[118] Le principe de la séparation des pouvoirs met en outre le processus d'élaboration par le Cabinet

the preparation and introduction of bills for consideration by Parliament (and provincial legislatures) from judicial review. Again in *Criminal Lawyers' Association*, at para. 28, this Court recognized each branch of the Canadian state as having a distinct role:

The legislative branch makes policy choices, adopts laws and holds the purse strings of government, as only it can authorize the spending of public funds. The executive implements and administers those policy choices and laws with the assistance of a professional public service. The judiciary maintains the rule of law, by interpreting and applying these laws through the independent and impartial adjudication of references and disputes, and protects the fundamental liberties and freedoms guaranteed under the *Charter*.

In order for each branch to fulfill its role, it must not be “unduly interfered with by the others” (*Criminal Lawyers' Association*, at para. 29).

[119] Admittedly, the separation of powers in our parliamentary system “is not a rigid and absolute structure” (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 54) which follows neatly drawn lines. Ministers of the Crown play an essential role in, and are an integral part of, the legislative process (*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 559). The fact that “except in certain rare cases, the executive frequently and *de facto* controls the legislature” (*Wells*, at para. 54) does not, however, mean that ministers’ dual membership in the executive and legislative branches of the Canadian state renders their corresponding executive and legislative roles indistinguishable for the purposes of judicial review. In *Re Canada Assistance Plan*, at p. 559, this Court *rejected* British Columbia’s argument that, while parliamentary privilege protected internal parliamentary procedures, the doctrine of legitimate expectations could nevertheless apply to the executive, so as to preclude it from developing and introducing the impugned bill: “The formulation and introduction of a bill”, the Court said, “are part of the legislative process with which the courts will not meddle. . . . [I]t is not the place of the courts

des principes directeurs en matière de législation ainsi que la préparation et le dépôt des projets de loi aux fins d’examen par le Parlement (et par les législatures) à l’abri du contrôle judiciaire. Toujours dans l’arrêt *Criminal Lawyers' Association*, par. 28, la Cour a reconnu que chaque pouvoir de l’État canadien a un rôle distinct :

Le pouvoir législatif fait des choix politiques, adopte des lois et tient les cordons de la bourse de l’État, car lui seul peut autoriser l’affectation de fonds publics. L’exécutif met en œuvre et administre ces choix politiques et ces lois par le recours à une fonction publique compétente. Le judiciaire assure la primauté du droit en interprétant et en appliquant ces lois dans le cadre de renvois et de litiges sur lesquels il statue de manière indépendante et impartiale, et il défend les libertés fondamentales garanties par la *Charte*.

Or, un pouvoir ne peut pas jouer son rôle lorsqu’un « autre empiète indûment sur lui » : *Criminal Lawyers' Association*, par. 29.

[119] Certes, il faut reconnaître que, dans notre système parlementaire, la séparation des pouvoirs « n’est pas une structure rigide et absolue » (*Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 54) qui respecte des limites clairement établies. Les ministres de la Couronne jouent un rôle essentiel dans le processus législatif dont ils font partie intégrante : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 559. « [S]auf dans de rares cas, l’exécutif contrôle, fréquemment et de fait, le législatif » : *Wells*, par. 54. Cela ne signifie pas pour autant que l’appartenance des ministres aux pouvoirs tant exécutif que législatif de l’État canadien rend leurs rôles dans l’une ou l’autre de ces branches indissociables aux fins du contrôle judiciaire. Dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, p. 559, la Cour a *rejeté* l’argument de la Colombie-Britannique selon lequel, bien que le privilège parlementaire protège les procédures parlementaires internes, la théorie de l’expectative légitime pourrait tout de même s’appliquer à l’exécutif de façon à l’empêcher d’élaborer et de déposer le projet de loi contesté. Selon la Cour, « [l]a rédaction et le dépôt d’un projet de loi font partie du processus législatif

to interpose further procedural requirements in the legislative process.”

[120] As a matter of applying this Court’s jurisprudence, then, the legislative process begins with a bill’s formative stages, even where the bill is developed by ministers of the Crown. While a minister acts in an executive capacity when exercising statutory powers to advance government policy, that is not what happened here. The named Ministers took a set of policy decisions that eventually led to the drafting of a legislative proposal which was submitted to Cabinet. This ultimately led to the formulation and introduction of the omnibus bills in the House of Commons. All of the impugned actions form part of the legislative process of introducing bills in Parliament and were taken by the Ministers acting in a legislative capacity.

[121] Moreover, the impugned actions in this case did not become “executive” as opposed to “legislative” simply because they were carried out by, or with the assistance of, public servants. Public servants making policy recommendations prior to the formulation and introduction of a bill are not “executing” existing legislative policy or direction. Their actions, rather, are directed to informing potential changes to legislative policy and are squarely legislative in nature.

(2) Parliamentary Privilege

[122] Imposing a duty to consult with respect to legislative policy development would also be contrary to parliamentary privilege, understood as freedom from interference with “the parliamentary work of a Member of Parliament — *i.e.*, any of the Member’s activities that have a connection with a proceeding in Parliament” (J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), at p. 16 (emphasis added)). This is no anachronism or technical nicety.

dans lequel les tribunaux ne s’immiscent pas. [. . .] [I]l n’appartient pas aux tribunaux judiciaires d’intercaler dans le processus législatif d’autres exigences procédurales. »

[120] Selon la jurisprudence de la Cour, le processus législatif débute lorsque le projet de loi est à l’étape embryonnaire, et ce, même quand il est élaboré par des ministres de la Couronne. Un ministre agit en sa capacité exécutive lorsqu’il exerce des pouvoirs prévus par la loi dans le but de faire avancer une politique du gouvernement; ce n’est toutefois pas ce qui s’est produit en l’espèce. Les ministres désignés ont pris une série de décisions politiques, qui ont mené à la rédaction d’une proposition législative présentée ultérieurement au Cabinet. C’est cette proposition qui a finalement conduit à l’élaboration des projets de loi omnibus et à leur dépôt à la Chambre des communes. Ainsi, toutes les mesures contestées appartenaient au processus législatif qui consiste à déposer des projets de loi au Parlement et elles ont été prises par des ministres qui agissaient en leur capacité législative.

[121] En outre, les mesures contestées en l’espèce ne sont pas devenues « exécutives », plutôt que « législatives », du simple fait qu’elles ont été accomplies par des fonctionnaires, ou avec leur aide. En effet, les fonctionnaires qui formulent des recommandations de politiques avant l’élaboration et le dépôt d’un projet de loi n’« exécutent » pas des politiques ou des directives législatives existantes. Au contraire, leurs mesures visent à orienter les changements qui seront éventuellement apportés aux politiques législatives et elles sont de nature strictement législative.

(2) Le privilège parlementaire

[122] Il serait aussi contraire au privilège parlementaire d’imposer une obligation de consulter relativement à l’élaboration des politiques législatives puisque ce privilège consiste en une protection contre l’ingérence dans [TRADUCTION] « le travail parlementaire des députés — *c.-à-d.* dans toute activité de ceux-ci ayant un lien avec les travaux du Parlement » : J. P. J. Maingot, *Parliamentary Immunity in Canada* (2016), p. 16 (je souligne). Il ne s’agit pas

Parliamentary privilege is “the necessary immunity that the law provides for Members of Parliament . . . in order for these legislators to do their legislative work, ‘including the assembly’s work in holding the government to account’” (Maingot, at p. 15, citing *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at para. 46). Since “holding the government to account” is the *raison d’être* of Parliament (Maingot, at p. 317, citing W. Gladstone, U.K. House of Commons Debates (Hansard), January 29, 1855, at p. 1202; see also *Vaid*, at para. 46), parliamentary privilege is therefore essential to allowing Parliament to perform its constitutional functions. As this Court said in *Re Canada Assistance Plan*, at p. 560, “[a] restraint . . . in the introduction of legislation is a fetter on the sovereignty of Parliament itself.” Parliament therefore has the right to “exercise unfettered freedom in the formulation, tabling, amendment, and passage of legislation” (*Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91, [2015] 4 F.C.R. 3, at para. 34).

[123] I acknowledge that parliamentary privilege operates within certain constraints imposed by the Constitution of Canada. For example, in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, the Court held that s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, entrenches a mandatory requirement to enact, print and publish provincial statutes in both official languages. In doing so, it imposed a constitutional duty on the Manitoba Legislature with respect to the manner and form by which legislation could be validly enacted. Other manner and form requirements are contained in Part IV of the *Constitution Act, 1867* (for example, in s. 48 (“Quorum of House of Commons”) and s. 49 (“Voting in House of Commons”), and in s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*).

[124] Mikisew Cree First Nation argues that s. 35 of the *Constitution Act, 1982* also creates a manner and form requirement which applies to the legislative

d’un anachronisme ou d’une subtilité technique. Le privilège parlementaire est [TRADUCTION] « l’indispensable immunité que le droit accorde aux députés [. . .] pour leur permettre d’effectuer leur travail législatif, “y compris leur tâche de demander des comptes au gouvernement” » : Maingot, p. 15, citant *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, par. 46. Comme la tâche qui consiste à « demander des comptes au gouvernement » est la raison d’être du Parlement (Maingot, p. 317, citant W. Gladstone, Débats de la Chambre des communes du Royaume-Uni (Hansard), 29 janvier 1855, p. 1202; voir aussi *Vaid*, par. 46), le principe du privilège parlementaire est essentiel pour que le Parlement s’acquitte de ses fonctions constitutionnelles. Comme la Cour l’a déclaré dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, p. 560, « [t]oute restriction imposée au pouvoir [. . .] de déposer des projets de loi constitue une limitation de la souveraineté du Parlement lui-même. » Le Parlement a donc le droit « d’exercer une liberté absolue pour ce qui est de la formulation, du dépôt, de la modification et de l’adoption d’une loi » : *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3, par. 34.

[123] Je reconnais que le privilège parlementaire s’applique sous réserve de certaines contraintes imposées par la Constitution du Canada. Par exemple, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la Cour a conclu que l’art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, consacre une exigence d’adopter, d’imprimer et de publier les lois de la province dans les deux langues officielles. Elle impose ainsi à la législature du Manitoba une obligation constitutionnelle quant aux modalités et à la forme de l’adoption valide de ses lois. D’autres exigences quant aux modalités et à la forme sont énoncées à la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867* : par exemple, à l’art. 48 (« Quorum de la Chambre des communes »), à l’art. 49 (« Votation dans la Chambre des Communes »), et au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[124] La Première Nation crie Mikisew soutient que l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* a aussi pour effet de créer une exigence quant aux

process in the form of a constitutional and justiciable duty to consult. But the duty to consult is distinct from the constitutionally mandated manner and form requirements with which Parliament must comply in order to enact valid legislation. Applied to the exercise of legislative power, it is a claim *not* about the *manner and form* of enactment, but about the *procedure* of (or leading to) enactment. And, as this Court said in *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, at para. 37, “the only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent”. In a similar vein, although legislation which substantially interferes with the right to collective bargaining protected by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* can be declared invalid, “[l]egislators are not bound to consult with affected parties before passing legislation” (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 157). In short, while the Constitution’s status as the supreme law of Canada operates to render of no force and effect enacted legislation that is inconsistent with its provisions, it does not empower plaintiffs to override parliamentary privilege by challenging the process by which legislation was formulated, introduced or enacted.

[125] Understanding the development and discussion of policy options related to the development and introduction of bills as being legislative in nature is most consistent with our law’s understanding of the scope of judicial review (in the sense of judicial review for constitutionality, as opposed to judicial review of administrative action). Judicial review is “the power to determine whether [a] particular law is valid or invalid” (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 15-2 (emphasis added)). It therefore contemplates review of enacted legislation for constitutional compliance and does not, as a general rule, contemplate the exposure of legislative processes to judicial scrutiny.

modalités et à la forme applicables au processus législatif qui se traduit par une obligation constitutionnelle de consulter que peuvent sanctionner les tribunaux. Or, l’obligation de consulter se distingue des exigences quant aux modalités et à la forme imposées par la Constitution que doit respecter le législateur afin d’adopter une loi valide. S’agissant de l’exercice du pouvoir législatif, la demande *ne* vise pas les modalités et la forme de l’adoption des lois, mais plutôt la *procédure* suivie pour l’adoption des lois ou pour y mener. En outre, comme la Cour l’a affirmé dans l’arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, par. 37, « tout ce qu’un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c’est qu’un projet de loi fasse l’objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu’il reçoive la sanction royale ». Dans le même ordre d’idées, bien qu’une loi qui entrave de façon substantielle l’exercice du droit de négociation collective protégé par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* puisse être déclarée invalide, « [l]e législateur n’est pas tenu de consulter les parties visées avant d’adopter une mesure législative » : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 157. En résumé, bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada et qu’elle rende inopérante toute loi incompatible avec ses dispositions, elle ne permet pas aux demandeurs d’écarter le privilège parlementaire en contestant le processus qui a conduit à la formulation, au dépôt ou à l’adoption d’une loi.

[125] Considérer que l’élaboration et l’analyse des options politiques relatives à la formulation et au dépôt des projets de loi sont de nature législative est plus conforme à l’interprétation en droit canadien de la portée du contrôle judiciaire (dans le sens de contrôle judiciaire de la constitutionnalité plutôt que de contrôle judiciaire d’une mesure administrative). Le contrôle judiciaire est [TRADUCTION] « le pouvoir de déterminer si [une] loi en particulier est valide ou invalide » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 15-2 (je souligne). Il s’agit donc de l’examen de lois sanctionnées afin d’en assurer la constitutionnalité, et non pas, en règle générale, de l’examen du processus législatif par les tribunaux.

[126] This view is, moreover, consistent with the text of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*: “. . . any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. It is also consistent with this Court’s balancing in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1109, and *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 77-78, of legislative authority with the rights guaranteed in s. 35 and the goal of reconciliation by requiring that “government” justify enacted legislation that infringes s. 35. This is, I stress, distinct from the framework governing contemplated or actual Crown conduct taken under a power conferred in an enacted statute — to which framework I now turn.

C. *The Development, Introduction, Consideration and Enactment of Bills Is Not “Crown Conduct” Triggering the Duty to Consult*

[127] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 35, this Court set out the three elements which, taken together, trigger a duty to consult: (i) the Crown must have knowledge — actual or constructive — of a potential Aboriginal claim or right; (ii) the Crown must contemplate conduct; and (iii) the contemplated Crown conduct must have the potential to adversely affect an Aboriginal claim or Aboriginal or treaty right. The duty to consult and, where necessary, to accommodate the interests of Indigenous peoples is grounded in the honour of the Crown (*Haida Nation*, at para. 16).

[128] “Crown conduct” triggering the duty to consult must, however, be understood as excluding the parliamentary (and, indeed judicial) functions of the Canadian state. The Crown represents a collection of powers and privileges, and the term “Crown” is primarily *but not exclusively* used to denote two aspects of the Canadian state: the Monarch and the executive. In one sense, no activity of the state is independent of the Crown (O. Hood Phillips, P. Jackson and

[126] De plus, ce point de vue cadre avec le libellé du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* selon lequel la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Il concorde également avec la mise en balance faite par la Cour dans les arrêts *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1109, et *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 77-78, du pouvoir législatif, d’une part, et des droits garantis par l’art. 35 ainsi que de l’objectif de réconciliation, d’autre part, selon laquelle le « gouvernement » doit justifier toute mesure législative qui porte atteinte à l’art. 35. Je tiens à souligner que cette situation diffère du cadre régissant une conduite — envisagée ou réelle — adoptée par la Couronne en vertu d’une loi habilitante. Je vais maintenant examiner ce cadre.

C. *L’élaboration, le dépôt, l’examen et l’adoption des projets de loi ne constituent pas des « conduites de la Couronne » qui donnent naissance à l’obligation de consulter*

[127] Dans l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 35, la Cour a énoncé les trois éléments qui, pris ensemble, donnent naissance à une obligation de consulter : (i) la Couronne doit avoir connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle d’un droit ou titre ancestral, (ii) la Couronne doit envisager une conduite, et (iii) cette conduite doit être susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur une revendication autochtone ou sur un droit ancestral ou issu de traités. L’obligation de consulter les peuples autochtones et, si nécessaire, de prendre en compte leurs intérêts découle du principe de l’honneur de la Couronne : *Nation haïda*, par. 16.

[128] Il faut toutefois comprendre que la « conduite de la Couronne » qui fait naître l’obligation de consulter, exclut les fonctions parlementaires (et, de fait, judiciaires) de l’État canadien. La Couronne représente un ensemble de pouvoirs et de privilèges et le terme « Couronne » est principalement, *mais non exclusivement*, utilisé pour désigner deux aspects de l’État canadien : le monarque et l’exécutif. En un sens, aucune activité de l’État n’est indépendante de

P. Leopold, *O. Hood Phillips & Jackson: Constitutional and Administrative Law* (8th ed. 2001), at para. 2-020). That said, parliamentary and judicial functions have been clearly separated from Crown control: *Magna Carta* (1215); *Case of Proclamations* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352; *Bill of Rights* of 1689; *Act of Settlement* of 1701; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 63. The preamble to the *Constitution Act, 1867*, which proclaims Canada's Constitution to be "similar in Principle to [the Constitution] of the United Kingdom" is, as Lamer C.J. recognized, the "grand entrance hall" through which the principles affirmed in these legal instruments have become a part of Canada's constitutional architecture (*Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 109; see also paras. 83, 87 and 107).

[129] Before us, counsel for Mikisew Cree First Nation disputed this, suggesting that the language of legislative enactment clauses in Canada ("... Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and the House of Commons of Canada, enacts as follows...") signifies Crown control of the process of legislative enactment (transcript, at p. 149). But this misconceives the significance of the reference to "Her Majesty" in those clauses. It does not signify, as he argued, that "[l]egislation is Crown action" (transcript, at p. 149). Rather, it simply records the role of the Crown-in-Parliament in the legislative process of enacting laws.

[130] By way of explanation, Parliament consists of the House of Commons, the Senate and the Queen (*Constitution Act, 1867*, s. 17). The scope of the Queen's legislative role — that is, the role of the Crown-in-Parliament — embraces "three determinative acts that are part of Parliament's core functions as a legislative body: royal recommendation, royal consent and royal assent" (C. Robert, "The Role of the Crown-in-Parliament: A Matter of Form and Substance", in M. Bédard and P. Lagassé, eds., *The*

la Couronne : O. Hood Phillips, P. Jackson et P. Leopold, *O. Hood Phillips & Jackson : Constitutional and Administrative Law* (8^e éd. 2001), par. 2-020. Cela dit, les fonctions parlementaires et judiciaires ont été clairement soustraites au contrôle de la Couronne : *Magna Carta* (1215); *Case of Proclamations* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352; *Bill of Rights* de 1689; *Act of Settlement* de 1701; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 63. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, selon lequel la Constitution du Canada « repos[e] sur les mêmes principes [constitutionnels] que celle du Royaume-Uni », est, comme le juge en chef Lamer l'a reconnu, le « portail de l'édifice constitutionnel » par l'entremise duquel les principes énoncés dans ces instruments juridiques font désormais partie de l'architecture même de la Constitution du Canada : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 109; voir également par. 83, 87 et 107.

[129] Devant la Cour, l'avocat de la Première Nation crie Mikisew a contesté cette affirmation, laissant plutôt entendre que le libellé des formules d'édiction du Canada (« ... Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte ... ») signifie que la Couronne exerce un contrôle sur le processus d'adoption des lois : transcription, p. 149. Or, il s'agit d'une mauvaise interprétation de la mention de « Sa Majesté » dans ces formules. Cette mention ne signifie pas, comme il l'a plaidé, que [TRADUCTION] « [l]a loi constitue une mesure de la Couronne » : transcription, p. 149. Elle ne fait que rendre compte du rôle de la Couronne au Parlement dans le processus législatif d'adoption des lois.

[130] Je m'explique : le Parlement est composé de la Chambre des communes, du Sénat et de la Reine : *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 17. L'étendue du rôle législatif de la Reine — c'est-à-dire, le rôle de la Couronne au Parlement — comprend [TRADUCTION] « trois actes déterminants qui relèvent des fonctions principales du Parlement à titre d'organe législatif : la recommandation royale, le consentement royal et la sanction royale » : C. Robert, « The Role of the Crown-in-Parliament : A Matter of Form and

Crown and Parliament (2015), 95, at p. 96 (emphasis added)).

[131] Royal recommendation, which is retained in s. 54 of the *Constitution Act, 1867*, provides for the procedure to be followed in respect of authorizing expenditure of public monies. Royal consent is a practice based on a convention limiting Parliament's right to take measures infringing the Crown prerogative or other Crown rights and interests. Of relevance here, however, is royal assent. This is because royal assent is what is conferred by the language of legislative enactment clauses relied upon by Mikisew Cree First Nation's counsel. Royal assent is also expressly required by s. 55 of the *Constitution Act, 1867*, which provides that, upon a bill passed by both the House of Commons and the Senate being presented to the Governor General for the Queen's assent, the Queen's assent (or withholding of consent, or reservation of the bill) shall be declared.

[132] Sections 54 and 55 appear within Part IV of the *Constitution Act, 1867* and are therefore designated by the Constitution as falling within "Legislative Power". This makes sense, because royal recommendation, royal consent and royal assent are distinct from other exercises of Crown authority. Unlike, for example, statutory bodies such as the National Energy Board, or ministers of the Crown acting under delegated statutory powers, the Crown-in-Parliament does not "exis[t] to exercise executive power as authorized by legislatures"; and, the steps taken as part of the parliamentary process of law-making, including royal assent, are not "the vehicle through which the Crown acts" (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at para. 29). As this Court noted in *Clyde River*, at paras. 28-29:

It bears reiterating that the duty to consult is owed by the Crown. In one sense, the "Crown" refers to the personification in Her Majesty of the Canadian state in exercising

Substance », dans M. Bédard et P. Lagassé, dir., *La Couronne et le Parlement* (2015), 95, p. 96 (je souligne).

[131] La recommandation royale dont il est question à l'art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue la procédure à suivre pour autoriser la dépense de deniers publics. Le consentement royal est une pratique fondée sur une convention qui limite le droit du Parlement de prendre des mesures portant atteinte à la prérogative de la Couronne ou à d'autres droits et intérêts de la Couronne. Cependant, en l'espèce, c'est la sanction royale qui est pertinente, car c'est l'acte prévu par les formules d'édiction invoquées par l'avocat de la Première Nation crie Mikisew. La sanction royale est aussi expressément exigée par l'art. 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit que, lorsqu'un projet de loi voté par la Chambre des communes et le Sénat est présenté au gouverneur-général pour la sanction de la Reine, ce dernier déclare qu'il le sanctionne (ou refuse cette sanction, ou qu'il réserve le projet de loi) au nom de la Reine.

[132] Les articles 54 et 55 se trouvent dans la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867* et se rapportent donc, aux termes de la Constitution, au « pouvoir législatif ». Cela est logique parce que la recommandation royale, le consentement royal et la sanction royale sont distincts des autres exercices du pouvoir de la Couronne. Contrairement, par exemple, aux organismes d'origine législative comme l'Office national de l'énergie, ou aux ministres de la Couronne qui agissent en vertu d'un pouvoir délégué par la loi, la Couronne au Parlement « [n']existe [pas] pour exercer le pouvoir de nature exécutive que le législateur concerné l'autorise à exercer »; en outre, les étapes suivies dans le cadre du processus parlementaire d'élaboration des lois, y compris la sanction royale, ne sont pas « le moyen par lequel la Couronne agit » : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, par. 29. Comme l'a déclaré la Cour aux par. 28-29 de cet arrêt :

Il importe de répéter que l'obligation de consulter incombe à la Couronne. En un sens, la « Couronne » s'entend de la personification de Sa Majesté de l'État

the prerogatives and privileges reserved to it. The Crown also, however, denotes the sovereign in the exercise of her formal legislative role (in assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills), and as the head of executive authority (*McAteer v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, at para. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at pp. 11-12; but see *Carrier Sekani*, at para. 44). For this reason, the term “Crown” is commonly used to symbolize and denote executive power. . . .

By this understanding, the NEB is not, strictly speaking, “the Crown”. Nor is it, strictly speaking, an agent of the Crown, since — as the NEB operates independently of the Crown’s ministers — no relationship of control exists between them (Hogg, Monahan and Wright, at p. 465). As a statutory body holding responsibility under s. 5(1)(b) of *COGOA*, however, the NEB acts on behalf of the Crown when making a final decision on a project application. Put plainly, once it is accepted that a regulatory agency exists to exercise executive power as authorized by legislatures, any distinction between its actions and Crown action quickly falls away. In this context, the NEB is the vehicle through which the Crown acts. Hence this Court’s interchangeable references in *Carrier Sekani* to “government action” and “Crown conduct” (paras. 42-44). It therefore does not matter whether the final decision maker on a resource project is Cabinet or the NEB. In either case, the decision constitutes Crown action that may trigger the duty to consult. As Rennie J.A. said in dissent at the Federal Court of Appeal in *Chippewas of the Thames*, “[t]he duty, like the honour of the Crown, does not evaporate simply because a final decision has been made by a tribunal established by Parliament, as opposed to Cabinet” (para. 105). The action of the NEB, taken in furtherance of its statutory powers under s. 5(1)(b) of *COGOA* to make final decisions respecting such testing as was proposed here, clearly constitutes Crown action. [Emphasis added.]

[133] This description of the various and distinct aspects of Crown authority (and also, it follows, Crown conduct) affirms that the exercise of Crown

canadien dans l’exercice des prérogatives et des privilèges qui lui sont réservés. Cependant, la Couronne désigne aussi la souveraine dans l’exercice de son rôle législatif officiel (lorsqu’elle sanctionne les projets de loi, qu’elle refuse de les sanctionner ou qu’elle réserve sa décision), et en tant que chef du pouvoir exécutif (*McAteer c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 578, 121 O.R. (3d) 1, par. 51; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 11-12; mais voir *Carrier Sekani*, par. 44). Pour cette raison, le mot « Couronne » est couramment employé comme symbole du pouvoir exécutif et pour désigner ce pouvoir. . . .

Selon cette interprétation, l’ONÉ n’est pas, à proprement parler, « la Couronne ». Il n’est pas non plus, à proprement parler, un mandataire de la Couronne, étant donné que — comme l’ONÉ exerce ses activités de manière indépendante des ministres de la Couronne — il n’existe entre eux aucun lien de dépendance (Hogg, Monahan et Wright, p. 465). Cependant, en tant qu’organisme créé par la loi à qui incombe la responsabilité visée à l’al. 5(1)(b) de la *LOPC*, l’ONÉ agit pour le compte de la Couronne lorsqu’il prend une décision définitive à l’égard d’une demande de projet. En termes simples, dès lors que l’on accepte qu’un organisme de réglementation existe pour exercer le pouvoir de nature exécutive que le législateur concerné l’autorise à exercer, toute distinction entre les mesures de cet organisme et celles de la Couronne disparaît rapidement. Dans ce contexte, l’ONÉ est le moyen par lequel la Couronne agit, d’où l’emploi interchangeable dans *Carrier Sekani* des expressions « mesure gouvernementale » et « mesure [. . .] de la Couronne » (par. 42-44). Par conséquent, il importe peu que le décideur ultime dans un projet soit le Cabinet ou l’ONÉ. Dans les deux cas, la décision constitue une mesure de la Couronne qui peut donner naissance à l’obligation de consulter. Comme l’a affirmé en dissidence le juge Rennie de la Cour d’appel fédérale dans *Chippewas of the Thames*, « [l]’obligation, comme l’honneur de la Couronne, ne s’envole pas en fumée simplement parce qu’une décision sans appel a été rendue par un tribunal établi par le Parlement, plutôt que par le Cabinet » (par. 105). La mesure prise par l’ONÉ dans l’exercice du pouvoir qu’il possède, en vertu de l’al. 5(1)(b) de la *LOPC*, de prendre la décision ultime concernant des essais tels ceux proposés en l’espèce, constitue manifestement une mesure de la Couronne. [Je souligne.]

[133] Cette description des divers aspects distincts du pouvoir de la Couronne (et donc de la conduite de la Couronne) confirme que l’exercice de son pouvoir

authority in enacting legislation (“assenting, refusing assent to, or reserving legislative or parliamentary bills”) is legislative. It is not an instance of “Crown conduct” — that is, executive conduct — which can trigger the duty to consult.

D. *The Honour of the Crown*

[134] The foregoing is an answer to the concurring reasons at the Court of Appeal of Pelletier J.A., who suggested that declaratory relief would be available under s. 17 of the *Federal Courts Act*, which provides that, “[e]xcept as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.” Simply put, the reference in s. 17 to “the Crown” does not include the Crown acting in its legislative capacity. (See *Fédération Franco-ténoise v. Canada*, 2001 FCA 220, [2001] 3 F.C. 641, at para. 58.)

[135] It also follows from the foregoing that, contrary to the submissions of Mikisew Cree First Nation, and to the views of my colleague Abella J. that “the duty to consult . . . attaches to all exercises of Crown power, including legislative action” (para. 75), the Crown does not enact legislation. Parliament does. The honour of the Crown does not bind Parliament.

[136] While my colleague Karakatsanis J. appears to accept that conclusion so far as the duty to consult goes, she also raises the possibility that legislation which does not infringe s. 35 rights but “may adversely affect” them might nonetheless be inconsistent with the honour of the Crown (paras. 3, 25, 44 and 52). As she sees it, *independent of any infringement claim*, a rights claimant could seek a declaration that validly enacted and constitutionally compliant legislation — none of which, in law, is the result of Crown conduct — nonetheless fails to “give effect to the honour of the Crown” (para. 45). Otherwise, where “the effects of the legislation do not rise to the level of infringement, or if the rights are merely

dans l’adoption des lois (« lorsqu’elle sanctionne les projets de loi, qu’elle refuse de les sanctionner ou qu’elle réserve sa décision ») est de nature législative. Il ne s’agit pas d’une « conduite de la Couronne » — c’est-à-dire d’une conduite de nature exécutive — qui peut donner naissance à l’obligation de consulter.

D. *L’honneur de la Couronne*

[134] Ce qui précède constitue une réponse aux motifs concordants du juge Pelletier en Cour d’appel, qui a laissé entendre que l’art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* — qui prévoit que « [s]auf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » — permet de solliciter un jugement déclaratoire. Or, en un mot, la référence à la « Couronne » dans cette disposition ne vise pas la Couronne lorsqu’elle s’acquitte de ses fonctions législatives : voir *Fédération Franco-ténoise c. Canada*, 2001 CAF 220, [2001] 3 C.F. 641, par. 58.

[135] Il ressort également de ce qui précède que, contrairement aux prétentions de la Première Nation crie Mikisew ainsi qu’à l’opinion exprimée par ma collègue la juge Abella selon laquelle « l’obligation de consulter [. . .] se rapporte à tout exercice des pouvoirs de la Couronne, y compris aux mesures législatives » (par. 75), la Couronne n’adopte pas les lois. C’est le Parlement qui le fait. Or, le principe de l’honneur de la Couronne ne lie pas le Parlement.

[136] Ma collègue la juge Karakatsanis semble accepter cette conclusion, du moins en ce qui a trait à l’obligation de consulter. Elle évoque cependant aussi la possibilité qu’une loi qui ne porte pas atteinte aux droits protégés par l’art. 35, mais qui est « susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur » ceux-ci, peut néanmoins être incompatible avec l’honneur de la Couronne : par. 3, 25, 44 et 52. Selon sa vision de la question, *indépendamment de toute revendication invoquant l’atteinte aux droits*, celui qui réclame des droits pourrait solliciter un jugement déclarant qu’une loi valablement adoptée et conforme à la Constitution — deux caractéristiques qui, en droit, ne découlent pas de la conduite de la Couronne — « [ne]

asserted (and not established), an Aboriginal group will not be able to successfully challenge the constitutional validity of the legislation through a *Sparrow* claim” (para. 43). Permitting the Crown “to do by one means” (presumably, by legislating) “that which it cannot do by another” (presumably acting pursuant to legislative authority) would “undermine the endeavour of reconciliation” (para. 44), which entails “promoting negotiation and the just settlement of Aboriginal claims as an alternative to litigation and judicially imposed outcomes” (para. 22).

[137] It follows, says my colleague, that “the duty to consult is not the only means to give effect to the honour of the Crown when Aboriginal or treaty rights may be adversely affected by legislation” (para. 45). While acknowledging that “the issue of whether other protections are, or should be, available is not squarely before the Court in this appeal” (para. 49), she nevertheless speculates that “[o]ther doctrines may be developed” (para. 45). While “[w]e have not received sufficient submissions on how to ensure that the honour of the Crown is upheld other than through the specific mechanism of the duty to consult” (para. 49), she nonetheless proposes that “declaratory relief may be appropriate in a case where legislation is enacted that is not consistent with the Crown’s duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples” (para. 47).

[138] I note, first of all, that much of my colleague’s speculation is inapplicable here. Mikisew Cree First Nation’s rights are not merely asserted. They are established Treaty No. 8 rights. As such, the only concern posited by my colleague which could conceivably arise here is that those rights might be “affected”, albeit not actually infringed, by the legislation which is the subject of this appeal.

donn[e néanmoins pas] effet au principe de l’honneur de la Couronne » : par. 45. Autrement, « si les effets de la loi ne constituaient pas une atteinte à des droits protégés ou si les droits n’étaient que revendiqués (et non établis), le groupe autochtone ne pourrait pas contester avec succès la validité constitutionnelle de la loi suivant le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Sparrow* » : par. 43. Permettre à la Couronne de « faire par un moyen » (présument en adoptant des lois) « ce qu’elle ne peut pas faire par un autre » (présument en agissant en vertu de son pouvoir législatif) « compromettrait l’entreprise de réconciliation » : par. 44, ce qui suppose de « favoris[er] la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux » : par. 22.

[137] Ainsi, affirme ma collègue, « l’obligation de consulter n’est pas le seul moyen de donner effet au principe de l’honneur de la Couronne quand une loi est susceptible d’avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités » : par. 45. Tout en reconnaissant que « la Cour n’est pas directement saisie de la question de savoir si d’autres mesures de protection existent ou devraient exister » (par. 49), elle avance l’hypothèse que « [l]es tribunaux peuvent créer d’autres doctrines » : par. 45. Même si « [l]es parties nous ont fait part de trop peu d’observations sur la manière dont il conviendrait d’assurer le respect de l’honneur de la Couronne, si ce n’est par le truchement du mécanisme précis de l’obligation de consulter » (par. 49), elle propose néanmoins qu’il « peut convenir de prononcer un jugement déclaratoire dans un cas où le législateur adopte une loi incompatible avec l’obligation de la Couronne d’agir honorablement envers les peuples autochtones » : par. 47.

[138] Tout d’abord, je note qu’une part importante de l’hypothèse de ma collègue est inapplicable en l’espèce. Les droits de la Première Nation crie Mikisew ne sont pas simplement revendiqués. Ce sont des droits consacrés par le Traité n° 8. À ce titre, la seule préoccupation soulevée par ma collègue qui pourrait vraisemblablement se concrétiser en l’espèce, c’est qu’il y ait « un effet préjudiciable » sur ces droits, sans qu’il leur soit porté atteinte, par les lois en cause dans le présent appel.

[139] In any event, and in my respectful view, having acknowledged that there is no demonstrated infringement in this case, my colleague is searching for a problem to solve (while at the same time expressly declining to solve it). And she believes she has found that problem in what she sees as the potentially dishonourable conduct of the Crown in enacting non-rights-infringing (although rights-“affecting”) legislation—which, as I have already made clear, is not really a problem since, as a matter of constitutional law, “the Crown” does not enact legislation. In other words, my colleague undercuts the very constitutional principles of separation of powers and parliamentary privilege, and the constitutional limits that they impose upon judicial supervision of the legislative process, which support her conclusion that no duty to consult is owed in respect of that process, including legislative enactment. And in so doing, she endorses the potential engorgement of judicial power — not required by the law of our Constitution, but rather precluded by it — at the expense of legislatures’ power over their processes. Far from preserving what my colleague calls “the respectful balance between the . . . pillars of our democracy” (para. 2), this conveys inter-institutional *disrespect*. It would be no more “respectful” (or constitutionally legitimate) for a legislature to purport to direct this Court or any other court on its own deliberative processes.

[140] Even putting that objection aside, my colleague’s reasons invoking the honour of the Crown appear to leave open the possibility that validly enacted legislation (which has not been or could not be the subject of a s. 35 infringement claim) might be declared to be “not consistent with [the honour of the Crown]” (para. 47) due to some failure to uphold the honour of the Crown. But in doing so, she runs up against those same constitutional principles of separation of powers and parliamentary privilege which furnish the entire constitutional basis for her conclusion that no duty to consult is owed in respect of legislative processes. The honour of the Crown is not a cause of action itself; rather, it speaks to *how* obligations that attract it must be fulfilled (*Manitoba*

[139] Quoi qu’il en soit, à mon avis, puisqu’elle a reconnu qu’il n’y avait pas d’atteinte prouvée en l’espèce, ma collègue cherche un problème à résoudre (tout en refusant expressément de le résoudre). Elle croit en outre avoir trouvé ce problème dans ce qu’elle perçoit comme la conduite potentiellement déshonorable adoptée par la Couronne lorsqu’elle a adopté des mesures législatives qui ne portent pas atteinte aux droits (même si elles ont « un effet pré-judiciable » sur eux) — ce qui, je l’ai déjà exprimé clairement, n’est pas vraiment un problème, puisque, en droit constitutionnel, « la Couronne » n’adopte pas les lois. Autrement dit, ma collègue mine les principes constitutionnels mêmes que sont la séparation des pouvoirs et le privilège parlementaire, ainsi que les limites constitutionnelles qu’ils fixent au contrôle judiciaire du processus législatif qui, précisément, étayent sa conclusion que ce processus, y compris l’adoption de lois, n’est pas assujéti à une obligation de consulter. Ce faisant, elle donne son aval à l’enflure du pouvoir judiciaire — que notre Constitution non seulement ne requiert pas, mais proscrit — au détriment du pouvoir des assemblées législatives sur leurs procédures. Loin de préserver ce que ma collègue appelle « l’équilibre respectueux qui règne entre les [. . .] piliers de notre démocratie » (par. 2), cela mène au *manque* de respect entre les institutions. Il ne serait pas plus « respectueux » (ou légitime sur le plan constitutionnel) qu’une assemblée législative provinciale s’estime autorisée à donner des directives à la Cour ou à toute autre cour de justice sur leurs processus délibératifs.

[140] Même en faisant fi de cette objection, les motifs de ma collègue fondés sur l’honneur de la Couronne semblent ne pas écarter la possibilité qu’une loi valablement adoptée (qui n’est pas ou ne pourrait être contestée avec succès sur le fondement de l’art. 35) puisse être déclarée « incompatible avec [l’honneur de la Couronne] » (par. 47) parce que le législateur n’aurait pas respecté l’honneur de la Couronne. Ce faisant, elle se heurte aux mêmes principes constitutionnels de la séparation des pouvoirs et du privilège parlementaire qui constituent la totalité du fondement constitutionnel de sa conclusion selon laquelle le processus législatif n’est pas assujéti à une obligation de consulter. L’honneur de la Couronne n’est pas en soi une cause d’action; ce principe sert

Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General), 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 73). While she finds that the enforceable duty to consult flowing from the honour of the Crown does not apply to the law-making process, my colleague, in substance, proceeds to treat the honour of the Crown as the potential source of an enforceable obligation *on legislators* to either refrain from passing certain legislation because it “affects” rights writ large, or not to do so without consultation.

[141] In this regard, my colleague’s reference to “[o]ther forms of recourse [such as] declaratory relief . . . where legislation is enacted that is not consistent with the Crown’s duty of honourable dealing” (para. 47), is telling. For *what*, precisely, would a court grant “recourse”? Absent a s. 35 infringement, the answer is nothing, *unless* the duty to consult flowing from the honour of the Crown is itself being treated as applicable to the law-making process, despite my colleague’s conclusion to the contrary. Irrespective, then, of how a court might cast the speculative “[o]ther doctrines [that] may be developed” (para. 45) — for example, as a duty to accommodate, a duty not to “affect” rights, or as some fiduciary obligation — the resulting obligation would be, in substance, reducible either to the obligation which the Mikisew Cree First Nation asks the Court to impose here, or to some other formulation that still runs into the separation of powers and parliamentary privilege. While, therefore, I acknowledge that my colleague holds that there can be no enforceable duty to consult in the legislative process, the logic of her reasons nevertheless risks leading her toward the result advocated by Abella J., albeit via the circuitous and uncertain route of further litigation.

plutôt à déterminer *comment* il faut s’acquitter des obligations qui y sont assujetties : *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 73. Or, tout en concluant que l’obligation de consulter justiciable qui découle de l’honneur de la Couronne ne s’applique pas au processus législatif, ma collègue, en substance, traite ensuite l’honneur de la Couronne comme la source potentielle d’une obligation justiciable incombant *aux législateurs* de s’abstenir d’adopter certaines lois parce qu’elles « ont un effet préjudiciable » sur des droits au sens large, ou de ne pas le faire sans consultation.

[141] À cet égard, le renvoi de ma collègue à « d’autres formes de réparation [tel] un jugement déclaratoire dans un cas où le législateur adopte une loi incompatible avec l’obligation de la Couronne d’agir honorablement . . . » est éloquent : par. 47. Pour *quelle raison*, précisément, une cour accorderait-elle une « réparation »? S’il n’est pas porté atteinte à l’art. 35, la réponse est qu’il n’y a aucune raison d’accorder une « réparation », à *moins* que l’obligation de consulter qui découle de l’honneur de la Couronne soit elle-même traitée comme si elle était applicable au processus législatif, en dépit de la conclusion contraire de ma collègue. Ainsi, indépendamment de la façon dont une cour pourrait présenter les hypothétiques « autres doctrines » (par. 45) qui pourraient être élaborées — par exemple, comme une obligation d’accommodement, comme une obligation de ne pas « avoir un effet préjudiciable » sur les droits en cause, ou comme une obligation fiduciaire —, il en résulterait une obligation qui serait, en substance, réductible soit à l’obligation que la Première Nation crie Mikisew demande à la Cour d’imposer en l’espèce, soit à une quelconque autre formulation qui se butte encore une fois à la séparation des pouvoirs et au privilège parlementaire. En conséquence, tout en reconnaissant que ma collègue déclare qu’il ne peut y avoir d’obligation de consulter justiciable dans le cadre du processus législatif, la logique de ses motifs risque néanmoins de la mener vers le résultat que préconise la juge Abella, bien que par le truchement du parcours tortueux et incertain de litiges supplémentaires.

[142] This brings me to a further objection. By raising (and then leaving undecided) this quixotic argument about the honour of the Crown — which neither the appellant nor any of the intervenors even thought to raise — my colleague Karakatsanis J. would cast the law into considerable uncertainty. It is worth reflecting upon just who would bear the brunt of this uncertainty. In this regard, there is a degree of irony in my colleague’s emphasis upon the honour of the Crown as facilitating “reconciliation” which, she says, entails “promoting negotiation and the just settlement of Aboriginal claims as *an alternative to litigation and judicially imposed outcomes*” (para. 22 (emphasis added)). The effect of my colleague’s reasons would be quite the opposite. She invites s. 35 rights holders — that is, Indigenous peoples themselves — to spend many years and considerable resources *litigating* on the faint possibility that they have identified some “other form of recourse” that this Court finds “appropriate”. In other words, even though “[t]rue reconciliation is rarely, if ever, achieved in courtrooms” (*Clyde River*, at para. 24), it is to the courtroom that my colleague’s unresolved speculation would direct them. The burden of achieving reconciliation is thereby placed upon the one group of Canadians whose assertion of sovereignty is not what demands reconciliation with anyone or anything.

[143] As my colleague Rowe J. explains (paras. 160-65), the effects of the legal uncertainty generated by Karakatsanis J.’s reasons would also be felt by legislators, who are, in essence, being told that they cannot enact legislation that “affects” (but does not infringe) certain rights that might exist — and that, if they do, they may be subject to as-yet unrecognized “recourse”. This would leave legislators in the dark, possibly for many years, about the efficacy of supply bills (and, therefore, of government budgets), and of legislation relating to matters as diverse as the delivery of health care and education, environmental protection, transportation infrastructure, agriculture and industrial activity, even where — it bears emphasizing — such legislation is validly enacted and fully compliant with Aboriginal and treaty rights guaranteed by

[142] Cela m’amène à formuler une objection supplémentaire. En soulevant (puis en laissant en suspens) cet argument chimérique quant à l’honneur de la Couronne — que ni l’appelant ni aucun des intervenants n’ont même songé à soulever —, ma collègue la juge Karakatsanis jetterait le droit dans une incertitude considérable. Il vaut la peine de se demander qui souffrirait du poids de cette incertitude. À cet égard, il est ironique que ma collègue insiste pour dire que l’honneur de la Couronne favorise la promotion de la « réconciliation » qui, dit-elle, suppose de « favoris[er] la négociation et le règlement juste des revendications autochtones comme *solution de rechange aux recours judiciaires et aux résultats imposés par les tribunaux* » : par. 22 (italiques ajoutés). Les motifs de ma collègue auraient pourtant l’effet opposé. Elle invite les titulaires des droits protégés par l’art. 35 — soit les peuples autochtones eux-mêmes — à consacrer des années et des ressources considérables à des litiges sur la foi d’une faible possibilité qu’ils aient identifié d’« autres formes de réparation » que la Cour juge « convenir ». Autrement dit, même si « [o]n ne parvient que rarement, voire jamais, à une véritable réconciliation dans une salle d’audience » (*Clyde River*, par. 24), c’est vers les salles d’audience que la spéculation laissée en suspens par ma collègue les dirigerait. Le fardeau de la réconciliation pèserait ainsi précisément sur le seul groupe de Canadiens dont l’affirmation de souveraineté n’est pas ce qui a besoin d’être réconcilié avec qui que ce soit ou quoi que ce soit.

[143] Comme l’explique mon collègue, le juge Rowe (par. 160-165), les effets de l’incertitude juridique que créeraient les motifs de la juge Karakatsanis seraient également ressentis par les législateurs à qui l’on dit, essentiellement, qu’ils ne peuvent pas adopter des lois qui « ont un effet préjudiciable » sur certains droits qui pourraient exister (mais sans y porter atteinte) — et que, s’ils le font, ils pourraient être sujets à un « recours » qui n’est pas encore reconnu. Les législateurs seraient donc dans le noir, possiblement durant de nombreuses années, quant à l’efficacité des projets de loi de crédit (et donc des budgets du gouvernement), et de la législation relative à des questions aussi diverses que l’offre de soins de santé et d’éducation, la protection de l’environnement, l’infrastructure du transport, l’agriculture et

s. 35. It would also generate intolerable uncertainty for governments charged with implementing such legislation, and for all those who pursue economic or other activities in reliance upon the efficacy of validly enacted and constitutionally compliant laws.

III. Conclusion

[144] An apex court should not strive to sow uncertainty, but rather to resolve it by, wherever possible (as here), stating clear legal rules. To be clear, then: judicial review of the legislative process, including *post-facto* review of the process of legislative enactment, for adherence to s. 35 and for consistency with the honour of the Crown, is unconstitutional.

[145] That this is so should not, however, be seen to diminish the value and wisdom of consulting Indigenous peoples prior to enacting legislation that has the potential to adversely impact the exercise of Aboriginal or treaty rights. Consultation during the legislative process, including the formulation of policy, is an important consideration in the justification analysis under s. 35 (*Sparrow*, at p. 1119; *Tsilhqot'in*, at paras. 77-78). But the absence or inadequacy of consultation may be considered only once the legislation at issue has been enacted, and then, only in respect of a challenge under s. 35 to the substance or the effects of such enacted legislation (as opposed to a challenge to the legislative process leading to and including its enactment).

[146] I would therefore dismiss the appeal.

[147] Canada does not seek costs. The Federal Court of Appeal awarded Canada its costs when it struck the Federal Court's declaration. As Canada

l'activité industrielle, même si — cela mérite d'être souligné — cette législation est valablement adoptée et totalement conforme aux droits ancestraux et issus de traités protégés par l'art. 35. Cette situation créerait en outre une incertitude intolérable pour les gouvernements responsables de mettre en œuvre une telle législation, et pour tous ceux qui exercent des activités économiques ou autres en se fiant sur l'efficacité de lois valablement adoptées et conformes à la Constitution.

III. Conclusion

[144] Une cour de justice qui se trouve au sommet de l'appareil judiciaire ne devrait pas chercher à semer l'incertitude, mais plutôt à la dissiper en énonçant chaque fois que cela est possible, comme c'est le cas en l'espèce, des règles de droit claires. Pour bien me faire comprendre, je le répète : procéder au contrôle judiciaire du processus législatif, en contrôlant notamment, après le fait, le processus d'adoption des lois pour vérifier la conformité à l'art. 35 et à l'honneur de la Couronne, est inconstitutionnel.

[145] Le fait qu'il en soit ainsi ne diminue pas la valeur et la sagesse inhérentes à la consultation des peuples autochtones avant l'adoption de lois susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités. La consultation durant le processus législatif, y compris à l'étape de l'élaboration de la politique, est une considération importante dans l'analyse de la justification au regard de l'art. 35 : *Sparrow*, p. 1119; *Tsilhqot'in*, par. 77-78. Cela dit, l'absence de consultation ou les lacunes de ce processus ne peuvent être examinées qu'une fois la loi adoptée, et encore, uniquement dans le contexte d'une contestation, fondée sur l'art. 35, de la teneur de la loi ainsi adoptée ou de ses effets (par opposition à une contestation du processus législatif jusqu'à l'édiction inclusivement de la loi en question).

[146] Je rejetterais donc le pourvoi.

[147] Le Canada ne sollicite aucuns dépens. La Cour d'appel fédérale a adjugé les dépens au Canada quand elle a annulé le jugement déclaratoire de la

did not ask us to upset that order, I would not do so. I would make no order as to costs in this Court.

The reasons of Moldaver, Côté and Rowe JJ. were delivered by

[148] ROWE J. — I concur with the reasons of Justice Brown. In particular, I would adopt his analysis with respect to the lack of jurisdiction of the Federal Court to conduct the review under the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7; the distinction between the Crown and the legislature; the preparation of legislation as a legislative function; the separation of powers, notably between the legislature and the judiciary; and the critical importance of maintaining parliamentary privilege.

[149] To this I would add three main points. First, contrary to submissions made by the appellant Mikisew Cree First Nation, the fact that the duty to consult has not been recognized as a procedural requirement in the legislative process does not leave Aboriginal claimants without effective means to have their rights, which are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, vindicated by the courts. Second, recognizing a constitutionally mandated duty to consult with Indigenous peoples during the process of preparing legislation (and other matters to go before the legislature for consideration, notably budgets) would be highly disruptive to the carrying out of that work. Finally, an additional and serious consequence to the appellant's suggested course of action would be the interventionist role that the courts would be called upon to play in order to supervise interactions between Indigenous parties and those preparing legislation (and other measures) for consideration by Parliament and by provincial legislatures.

I. Effective Means Exist to Vindicate and Protect Rights Under Section 35

[150] Counsel for the Mikisew claims that in the absence of the extension of the duty to consult into

Cour fédérale. Comme le Canada ne nous a pas demandé de modifier cette ordonnance, je m'abstienrais de le faire. Je ne rendrais aucune ordonnance au sujet des dépens devant la Cour.

Version française des motifs des juges Moldaver, Côté et Rowe rendus par

[148] LE JUGE ROWE — Je souscris aux motifs du juge Brown. En particulier, je fais mienne son analyse relative à l'absence de compétence de la Cour fédérale pour procéder au contrôle prévu par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, à la distinction entre la Couronne et le pouvoir législatif, à la préparation des lois en tant que fonction législative, à la séparation des pouvoirs — notamment entre le législatif et le judiciaire —, et à l'importance cruciale de maintenir le privilège parlementaire.

[149] J'ajouterais à cela trois principaux éléments. En premier lieu, contrairement aux prétentions de l'appelante la Mikisew Cree First Nation, le fait que l'obligation de consulter n'a pas été reconnue comme exigence procédurale dans le cadre du processus législatif ne prive pas les demandeurs autochtones de tout moyen efficace de faire reconnaître par les tribunaux les atteintes à leurs droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En second lieu, si l'on reconnaissait l'existence d'une obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones durant le processus de l'élaboration des projets de loi (et à propos d'autres questions devant être soumises pour examen aux assemblées législatives, notamment les budgets), cela perturberait grandement l'exécution de ce travail. En troisième lieu, la démarche préconisée par l'appelante aurait une autre conséquence sérieuse : les tribunaux seraient appelés à intervenir pour superviser les interactions entre les parties autochtones et les responsables de l'élaboration des projets de loi (et d'autres mesures) soumis à l'examen du Parlement et des législatures provinciales.

I. Il existe des moyens efficaces de défendre et de protéger les droits garantis par l'art. 35

[150] L'avocat des Mikisew prétend que, si l'obligation de consulter n'était pas étendue au processus

the law-making process, their right to be meaningfully consulted by the Crown would be rendered unenforceable. This assertion hinges on an understanding of “Crown conduct” to include law-making functions; an understanding that my colleague Justice Brown has properly rejected. This does not mean that the Mikisew are without avenue to pursue their treaty rights in the face of impugned legislation.

[151] As I shall explain more fully below, the means to challenge an alleged infringement of the Mikisew’s treaty rights are well established in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, and subsequent cases (see e.g. *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010). As well, the Mikisew can allege a failure by the Crown to fulfill its duty to consult when contemplating government action, as required by *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and subsequent cases (see e.g. *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Behn v. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 SCC 26, [2013] 2 S.C.R. 227; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650).

[152] The appellant asks this Court to recognize that the duty to consult is triggered by the preparation of legislation, in other words, at the policy development stage of law making. On a practical level, this can be seen as moving the procedural duty first recognized in *Haida Nation* from executive decision making, either through the operation of legislation, or otherwise (*Rio Tinto*, at para. 43), all the way to the initial stages of the legislative process. As the law stands, the avenue by which aggrieved Aboriginal

législatif, il serait impossible de faire respecter leur droit d’être consultés utilement par la Couronne. Cette affirmation repose sur l’idée qu’une « conduite de la Couronne » englobe les fonctions législatives, une idée que mon collègue le juge Brown a rejetée à juste titre. Cela ne veut pas dire que les Mikisew ne disposent d’aucun recours pour exercer leurs droits issus de traités et contester les projets de loi en cause.

[151] Comme je l’expliquerai davantage plus loin, les moyens de contester l’atteinte aux droits issus de traités des Mikisew sont bien établis dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, et dans les arrêts subséquents : voir, p. ex., *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Les Mikisew peuvent aussi reprocher à la Couronne d’avoir manqué à son obligation de consulter au moment d’envisager la prise d’une mesure gouvernementale, comme l’exigent l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et la jurisprudence subséquente : voir, p. ex., *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, 2013 CSC 26, [2013] 2 R.C.S. 227; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.

[152] L’appelante demande à la Cour de reconnaître que l’obligation de consulter est déclenchée par l’élaboration d’un projet de loi, autrement dit, à l’étape de la réflexion sur les orientations du processus législatif. Sur le plan pratique, on peut voir cette proposition comme un déplacement de l’obligation procédurale, reconnue la première fois dans *Nation haïda*, de la décision de l’exécutif — que ce soit par l’application d’un projet de loi ou par un autre moyen (*Rio Tinto*, par. 43) — aux toutes premières étapes

rights holders can challenge the constitutionality of legislation under s. 35 is through the infringement/justification framework laid out by this Court in *Sparrow*, as affirmed recently in *Tsilhqot'in* (see paras. 118-25). The Mikisew's proposal would short-circuit this process by mandating that consultation occur before any ink is spilled in the drafting of a bill. All legislation that could potentially have an adverse effect on an Aboriginal right or claim would be presumptively unconstitutional unless adequate consultation had occurred. Practically, this would transform pre-legislative consultation from a factor in the *Sparrow* framework (as described below), to a constitutional requirement. Such consultation would be not only with proven rights holders, but with anyone with an unproven Aboriginal interest that might be adversely impacted by contemplated legislation.

[153] It is not warranted to extend the law in this way. Section 35 rights are not absolute. Like other provisions of the *Constitution Act, 1982*, s. 35 is both supported and confined by broader constitutional principles. The honour of the Crown arises from the fiduciary duty that Canada owes to Indigenous peoples following the assertion of sovereignty; it is an overarching guide to Canada's dealings with Indigenous peoples: *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, at para. 24, quoted with approval in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 66. The current jurisprudence provides for protection and vindication of Aboriginal rights and for upholding the constitutional principles of parliamentary sovereignty and the separation of powers. It is important to continue to do both. This can be done while upholding the honour of the Crown.

[154] Legislation said to infringe an Aboriginal or treaty right can be challenged under the infringement/justification framework in *Sparrow*. To establish a

du processus législatif. Dans l'état actuel du droit, c'est grâce au cadre d'analyse relatif à l'atteinte et à la justification exposé par la Cour dans *Sparrow* et confirmé récemment dans *Tsilhqot'in* (voir les par. 118-125), que les titulaires lésés de droits ancestraux peuvent contester la constitutionnalité d'une loi sur le fondement de l'art. 35. La proposition des Mikisew court-circuiterait ce processus en exigeant qu'il y ait consultation avant même le début de la rédaction d'un projet de loi. Toute mesure législative susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur un droit ancestral ou une revendication autochtone serait présumée inconstitutionnelle à moins qu'il y ait eu une consultation adéquate. En pratique, cela transformerait la consultation prélegislative, un facteur du cadre énoncé dans *Sparrow* (décrit ci-après), en une exigence constitutionnelle. Pareille consultation se tiendrait non seulement auprès des titulaires de droits établis, mais également auprès de quiconque a un droit ancestral non établi qui pourrait être compromis par la mesure législative envisagée.

[153] Rien ne justifie d'étendre la règle de droit de cette façon. Les droits prévus à l'art. 35 ne sont pas absolus. À l'instar d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'art. 35 s'appuie sur des principes constitutionnels plus larges, tout en étant restreint par ceux-ci. L'honneur de la Couronne découle de l'obligation fiduciaire qui incombe au Canada envers les peuples autochtones depuis l'affirmation de sa souveraineté; il s'agit d'un principe directeur des relations du Canada avec les peuples autochtones : *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, par. 24, cité avec approbation dans *Manitoba Métis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 66. La jurisprudence actuelle prévoit la protection et la défense des droits ancestraux ainsi que le respect des principes constitutionnels de la souveraineté parlementaire et de la séparation des pouvoirs. Il importe de poursuivre ces deux objectifs, ce qui peut se faire tout en préservant l'honneur de la Couronne.

[154] Il est possible de contester une loi qui porterait atteinte à un droit ancestral ou issu de traités en recourant au cadre d'analyse relatif à l'atteinte et à la

s. 35 violation, a party must first demonstrate that it holds an Aboriginal right that remains unextinguished as of the enactment of the *Constitution Act, 1982* (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686), or a treaty right (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Delgamuukw*). Next, the party must establish that there has been a *prima facie* infringement of that right by way of an unreasonable limitation, undue hardship, or the denial of the preferred means of exercising the right: (*Sparrow*, at pp. 1112-13). Once a *prima facie* infringement has been established, the burden shifts to the Crown to show that the interference was based on a valid legislative objective and that the interference was consistent with the Crown's honour and fiduciary duty to Indigenous peoples. Along with other factors, including compensation and minimizing the infringement, any prior consultation is considered in determining whether the infringement was justified. It is settled jurisprudence that where a right is infringed and where that infringement has not been justified (to the requisite legal standard), then the courts will grant a substantive remedy to prevent the infringement or (if that is not possible) to mitigate its consequences for those whose s. 35 rights were infringed. In the case of infringing legislation, provisions found not to be justified will be a nullity and will not authorize any regulatory action (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. (loose-leaf)), at p. 28-62).

[155] The significance of prior consultation in the infringement/justification analysis is a strong incentive for law makers to seek input from Indigenous communities whose interests may be affected by nascent legislation. This is exemplified by provinces which have recognized the importance of consulting Indigenous peoples prior to enacting legislation that has the potential to adversely impact the exercise of treaty or Aboriginal rights in the province (see e.g. Saskatchewan, "First Nation and Métis Consultation Policy Framework" (June 2010) (online), at p. 5; Manitoba, "Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal Communities" (May 4,

justification formulé dans *Sparrow*. Pour établir une violation de l'art. 35, une partie doit d'abord démontrer qu'elle détient un droit ancestral qui n'était pas éteint lors de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686), ou un droit issu de traités (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Delgamuukw*). Ensuite, la partie doit établir qu'il y a eu atteinte *prima facie* à ce droit du fait d'une restriction déraisonnable, d'une contrainte excessive ou de la privation du moyen préféré d'exercer le droit : *Sparrow*, p. 1112-1113. Une fois l'atteinte *prima facie* établie, il incombe à la Couronne de démontrer que l'atteinte en cause repose sur un objectif législatif régulier et qu'elle est conforme au principe de l'honneur de la Couronne et à l'obligation fiduciaire de celle-ci envers les peuples autochtones. Au même titre que d'autres facteurs, y compris l'indemnisation et le fait de minimiser l'atteinte, toute consultation préalable est prise en compte pour décider si l'atteinte était justifiée. Il est bien établi par la jurisprudence que, s'il y a atteinte à un droit et si celle-ci n'a pas été justifiée (en fonction de la norme juridique applicable), les tribunaux accordent une réparation substantielle afin de la prévenir ou (si cela est impossible) afin d'atténuer les conséquences pour ceux et celles qui sont victimes d'une violation de leurs droits protégés par l'art. 35. Dans le cas d'une disposition législative qui porte atteinte aux droits protégés, cette disposition sera nulle et n'autorisera aucune prise de règlement si le tribunal conclut que l'atteinte est injustifiée : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. (feuilles mobiles)), p. 28-62.

[155] L'importance que revêt une consultation préalable dans l'analyse relative à l'atteinte et à la justification incite fortement les législateurs à demander l'avis des communautés autochtones dont les intérêts peuvent être touchés par une loi en devenir. À titre d'exemple, des provinces ont reconnu l'importance de consulter les peuples autochtones avant d'adopter une loi susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur l'exercice de droits ancestraux ou issus de traités dans la province : voir, p. ex., Saskatchewan, « First Nation and Métis Consultation Policy Framework » (juin 2010) (en ligne), p. 5; Manitoba, « Interim Provincial Policy For Crown Consultations with First Nations, Métis Communities and Other Aboriginal

2009) (online), at p. 1; Quebec, Interministerial Support Group on Aboriginal Consultation, *Interim Guide for Consulting the Aboriginal Communities* (2008), at p. 4). However, good public policy does not necessarily equate to a constitutional right. It is for each jurisdiction, federal, provincial and territorial, to decide on the modalities for consultation in the context of *Sparrow*.

[156] I turn now to the duty to consult recognized in *Haida Nation*. The duty to consult arises when three conditions are met. First, the Crown must have knowledge, actual or constructive, of a potential Aboriginal right or claim. Second, there must be Crown conduct or a decision that is contemplated. Finally, the conduct must have the potential to adversely affect an Aboriginal right or claim. On the part of the Crown, the duty to consult serves two distinct objectives: first is a fact-finding function, as through consultation the Crown learns about the content of the interest or right, and how the proposed Crown conduct would impact that interest or right. The second objective is practical; the Crown must consider whether and how the Aboriginal interests should be accommodated. The Crown must approach the process with a view to reconciling interests. Where it is shown that the duty to consult has not been fulfilled, the decision in question will be quashed and, in effect, the decision maker will be told to “go back and do it again”, this time with adequate consultation. Where consultation has been adequate, but the duty to accommodate has not been fulfilled, various remedies can arise, both procedural and substantive.

[157] This Court stated in *Rio Tinto* that any *potential* for adverse impact as a result of Crown conduct will trigger the duty to consult and accommodate. The Court further stated that the duty may arise with respect to “high-level managerial or policy decisions” (para. 87). The policy decisions at issue in *Rio Tinto* were made by the executive in regards

Communities » (4 mai 2009) (en ligne), p. 1; Québec, Groupe interministériel de soutien sur la consultation des Autochtones, *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones* (2008), p. 4. Cela dit, une bonne politique publique n'équivaut pas nécessairement à un droit constitutionnel. Il appartient à chaque gouvernement — fédéral, provincial ou territorial — de décider des modalités de la consultation à la lumière de l'arrêt *Sparrow*.

[156] Je passe maintenant à l'obligation de consulter reconnue dans *Nation haïda*. Elle prend naissance lorsque trois conditions sont réunies. Premièrement, la Couronne doit avoir connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ancestral revendiqué. Deuxièmement, la Couronne doit envisager une mesure ou une décision. Troisièmement, la mesure doit être susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur le droit ancestral revendiqué en question. Du point de vue de la Couronne, l'obligation de consulter sert deux objectifs distincts : elle a d'abord pour fonction d'établir les faits, car, grâce à la consultation, la Couronne se renseigne sur la teneur de l'intérêt ou du droit en cause de même que sur l'incidence qu'aurait la mesure qu'elle envisage sur cet intérêt ou sur ce droit. Le second objectif est d'ordre pratique : la Couronne doit s'interroger sur l'opportunité d'accueillir les intérêts des Autochtones et sur la façon de s'y prendre. Elle doit aborder le processus en cherchant à concilier les intérêts. Si l'on démontre qu'il y a eu manquement à l'obligation de consulter, la décision en question sera annulée et, dans les faits, on dira au décideur de « refaire ses devoirs », cette fois en procédant à une consultation adéquate. Si la consultation s'est révélée adéquate, mais qu'il y a manquement à l'obligation d'accueillir, plusieurs réparations tant procédurales que substantielles peuvent être accordées.

[157] La Cour a affirmé dans *Rio Tinto* que toute *possibilité* qu'une mesure de la Couronne ait un effet préjudiciable donne naissance à l'obligation de consulter et d'accueillir. Toujours selon la Cour, cette obligation peut prendre naissance à l'égard de « décisions de gestion ou politiques qui sont prises en haut lieu » (par. 87). Les décisions politiques en

to a *particular development project*; in that case, the impugned decision concerned the sale of power produced from a hydroelectric dam on the Nechako River. The Court's statement needs to be understood in the context in which it was made; it does not support the proposition that a duty to consult is constitutionally mandated in the law-making process. This is reinforced by the requirement that the impugned decision would result in potential adverse impacts. This Court held that there must be a "*causal relationship* between the proposed government conduct or decision and a potential for adverse impacts on pending Aboriginal claims or rights" (para. 45 (emphasis added)). Counsel for the Mikisew rely heavily on the reasons given by this Court in *Rio Tinto*. But *Rio Tinto* does not support the conclusion that the duty to consult must apply to the legislative process. In fact, this Court explicitly left open the question of whether "government conduct" attracting the duty to consult includes the legislative process (para. 44).

[158] While Bills C-38 (enacted as *Jobs, Growth and Long Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19) and C-45 (enacted as *Jobs and Growth Act, 2012*, S.C. 2012, c. 31) modified the regulatory framework for certain waterways, the use of those waters was not thereby returned to a situation of laissez-faire. Environmental regulation, provincial and territorial as well as federal, continues to apply. The appellants submit that the reduction in federal environmental oversight "profoundly affects" treaty rights by removing an environmental assessment process that would trigger the duty to consult (A.F., at para. 13). However, this is not the type of adverse effect that was contemplated in *Haida Nation* and subsequent jurisprudence. What is protected by s. 35 is the Aboriginal or treaty right itself. A specific set of arrangements for environmental regulation is not equivalent to a s. 35 right, and in particular is not equivalent to the treaty right relied on by the Mikisew in this case. As this Court stated in *Rio Tinto*: "the definition of what constitutes an adverse effect [does not] extend to adverse impacts on the negotiating position of an Aboriginal group" (para. 50). The adverse

cause dans *Rio Tinto* ont été prises par l'exécutif au sujet d'un *projet de développement en particulier*. Dans cette affaire, la décision attaquée portait sur la vente de l'électricité produite à partir d'un barrage hydroélectrique situé sur la rivière Nechako. Il est nécessaire de replacer l'affirmation de la Cour dans le contexte où elle a été faite, ce qui permet de conclure qu'elle n'étaye pas la proposition selon laquelle la Constitution impose l'obligation de consulter durant le processus législatif. Cette conclusion est renforcée par l'exigence que la décision attaquée soit susceptible d'avoir des effets préjudiciables. La Cour a jugé qu'il doit y avoir un « *lien de causalité* entre la mesure ou la décision envisagée par le gouvernement et un effet préjudiciable éventuel sur une revendication autochtone ou un droit ancestral » : par. 45 (italiques ajoutés). L'avocat des Mikisew s'appuie en grande partie sur les motifs donnés par la Cour dans *Rio Tinto*. Or, cet arrêt n'étaye pas la conclusion que l'obligation de consulter doit s'appliquer au processus législatif. En fait, la Cour a explicitement laissé en suspens la question de savoir si une « mesure gouvernementale » emportant l'obligation de consulter inclut le processus législatif : par. 44.

[158] Bien que les projets de loi C-38 (adopté en tant que *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, c. 19) et C-45 (adopté en tant que *Loi de 2012 sur l'emploi et la croissance*, L.C. 2012, c. 31) aient modifié le cadre réglementaire applicable à certains cours d'eau, l'usage de ceux-ci n'est pas revenu de ce fait à un état de laissez-faire. La réglementation provinciale, territoriale et fédérale en matière d'environnement continue de s'appliquer. Les appelants soutiennent que la réduction de la surveillance environnementale par le gouvernement fédéral [TRADUCTION] « nuit profondément » aux droits issus de traités en supprimant un processus d'évaluation environnementale qui donnerait naissance à l'obligation de consulter : m.a., par. 13. Cependant, il ne s'agit pas du type d'effet préjudiciable envisagé dans *Nation haïda* et la jurisprudence subséquente. Ce que protège l'art. 35, c'est le droit ancestral ou issu de traités lui-même. Un ensemble précis de dispositions en vue de la réglementation environnementale n'est pas équivalent à un droit protégé par l'art. 35, et tout particulièrement n'est pas équivalent au droit issu d'un traité sur lequel se fondent les Mikisew en l'espèce. Comme la Cour

impact must be to the future exercise of the *right itself* (para. 46).

[159] In summary, when legislation has been adopted, those who assert that the effect of the legislation is to infringe s. 35 rights have their remedies under *Sparrow*. Those who assert that government decisions made pursuant to the legislation's authority will adversely affect their claims will have their remedies under *Haida Nation*. Other Crown conduct beyond decisions made pursuant to statutory authority may also attract the duty to consult (*Rio Tinto*, at para. 43). Where new situations arise that require the adaptation or extension of this jurisprudence, the courts provide a means for such development of the law. But, no such requirement has been shown on the facts of this case.

II. Consequences for the Separation of Powers

[160] In order to understand the consequences of imposing a duty to consult on the process of preparing legislation for consideration by Parliament and by provincial legislatures, one needs to begin by understanding the many steps involved in this process. (I make no comment on territorial legislatures, as they operate with notable differences from Parliament and provincial legislatures.) Counsel for the Mikisew was of considerable assistance in this regard by placing before the Court and referring in his submissions to a document prepared by the Privy Council Office identifying the many steps involved (Canada, Privy Council, *Guide to Making Federal Acts and Regulations* (2nd ed. 2001), at p. 59). With slight paraphrasing, these steps are as follows:

Préparation

1. The department prepares analyses and plans; ministerial approval is required to proceed with policy consultations.

l'a mentionné dans *Rio Tinto*, « [l']effet préjudiciable ne s'entend pas [...] d'une répercussion négative sur la position de négociation d'un groupe autochtone » : par. 50. Le préjudice doit toucher l'exercice futur du *droit lui-même* : par. 46.

[159] En résumé, quand une loi est adoptée, les parties qui soutiennent qu'elle a pour effet de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35 disposent de recours fondés sur l'arrêt *Sparrow*. Celles qui prétendent qu'une décision prise par le gouvernement en vertu du pouvoir que lui confère cette loi nuira à un droit qu'elles revendiquent disposeront de recours fondés sur *Nation haïda*. D'autres mesures gouvernementales, outre les décisions prises en vertu d'un pouvoir conféré par la loi, peuvent aussi donner naissance à l'obligation de consulter : *Rio Tinto*, par. 43. Lorsque surviennent de nouvelles situations où il faut adapter ou étendre la jurisprudence précitée, les tribunaux constituent un moyen de faire ainsi évoluer le droit. Le besoin de le faire n'a toutefois pas été démontré au vu des faits de l'espèce.

II. Conséquences pour la séparation des pouvoirs

[160] Pour saisir les conséquences de l'imposition de l'obligation de consulter lors de l'élaboration des projets de loi qui seront soumis à l'examen du Parlement ou des législatures provinciales, il faut tout d'abord comprendre les nombreuses étapes de ce processus. (Je ne me prononce pas sur les législatures territoriales en raison des différences notables qui existent entre leur fonctionnement et celui du Parlement ainsi que des législatures provinciales.) L'avocat des Mikisew a été d'un grand secours à cet égard en portant à la connaissance de la Cour — et en mentionnant lors de sa plaidoirie — un document dans lequel le Bureau du Conseil privé énumère les nombreuses étapes à suivre : Canada, Conseil privé, *Lois et règlements : l'essentiel* (2^e éd 2001), p. 61. En paraphrasant légèrement ce document, les étapes en question sont les suivantes :

Préparation

1. Le ministère prépare des analyses et des plans; il faut obtenir l'approbation ministérielle pour procéder à des consultations concernant les orientations.

- | | |
|--|---|
| <p>2. The Prime Minister reviews and approves machinery-related issues (where applicable).</p> <p>3. The sponsoring Minister makes a decision on the policy options and recommendations to Cabinet.</p> <p>4. The memorandum to Cabinet is prepared.</p> <p>5. The memorandum to Cabinet is subject to inter-departmental consultation.</p> <p>6. The memorandum to Cabinet is approved by the Deputy Minister and senior management.</p> <p>7. The memorandum to Cabinet is approved by the sponsoring Minister, and sent to the Privy Council Office.</p> <p>8. The Privy Council Office briefs the chair of the Cabinet Committee.</p> <p>9. The Cabinet Committee considers the memorandum to Cabinet, and the Privy Council Office issues a Committee Report.</p> <p>10. Cabinet ratifies the Committee Report, and the Privy Council Office issues a Record of Decision.</p> <p>11. The Department of Justice prepares a draft bill with the assistance of the legislation section drafting team, the sponsoring department, and the departmental legal services unit.</p> <p>12. The bill is approved by appropriate senior officials in the sponsoring department.</p> <p>13. The sponsoring Minister reviews and signs off on the bill.</p> <p>14. The Government House Leader reviews the bill.</p> <p>15. The Government House Leader seeks delegated authority from Cabinet to approve the bill for introduction.</p> <p>16. The Privy Council Office issues the bill.</p> | <p>2. Le premier ministre examine et approuve les questions liées aux rouages (s'il y a lieu).</p> <p>3. Le ministre décide des solutions possibles et des recommandations à faire au Cabinet.</p> <p>4. Le mémoire au Cabinet est rédigé.</p> <p>5. Le mémoire au Cabinet fait l'objet de consultations interministérielles.</p> <p>6. Le mémoire au Cabinet est approuvé par le sous-ministre et la haute direction.</p> <p>7. Le mémoire au Cabinet est approuvé par le ministre parrain et envoyé au Bureau du Conseil privé.</p> <p>8. Le Bureau du Conseil privé renseigne le président du comité du Cabinet.</p> <p>9. Le comité du Cabinet examine le mémoire au Cabinet et le Bureau du Conseil privé rend public un rapport de comité.</p> <p>10. Le Cabinet ratifie le rapport de comité et le Bureau du Conseil privé rend public un compte rendu de décision.</p> <p>11. Le ministère de la Justice prépare un avant-projet de loi avec l'aide de l'équipe de rédaction de la Section de la législation, le ministère parrain et les Services juridiques ministériels.</p> <p>12. Le projet de loi est approuvé par les hauts fonctionnaires compétents du ministère parrain.</p> <p>13. Le ministre parrain étudie et signe le projet de loi.</p> <p>14. Le leader du gouvernement à la Chambre des communes étudie le projet de loi.</p> <p>15. Le leader du gouvernement à la Chambre des communes demande au Cabinet le pouvoir délégué d'approuver le dépôt du projet de loi.</p> <p>16. Le Bureau du Conseil privé rend le projet de loi public.</p> |
|--|---|

The House of Commons

17. The Government House Leader gives notice of the bill's introduction.

La Chambre des communes

17. Le leader du gouvernement à la Chambre des communes donne un avis du dépôt du projet de loi.

- | | |
|--|--|
| 18. The bill is introduced in the House of Commons: first reading. | 18. Le projet de loi est déposé à la Chambre des communes : première lecture. |
| 19. The bill proceeds to second reading (approval in principle). | 19. Le projet de loi passe à la deuxième lecture (approbation des orientations). |
| 20. The bill is considered in Committee (clause by clause consideration). | 20. Le projet de loi est étudié en comité (étude article par article). |
| 21. The Committee reports on the bill, including any recommended amendments. | 21. Le comité fait rapport sur le projet de loi et recommande, le cas échéant, des amendements à celui-ci. |
| 22. The bill proceeds to third reading and final approval by the House of Commons. | 22. Le projet de loi passe à la troisième lecture et à l'approbation finale de la Chambre des communes. |

The Senate

- | | |
|--|--|
| 23. The bill is introduced in the Senate: first reading. | 23. Le projet de loi est déposé au Sénat : première lecture. |
| 24. The bill proceeds to second reading (approval in principle). | 24. Le projet de loi passe à la deuxième lecture (approbation des orientations). |
| 25. The bill is considered in Committee (clause by clause consideration). | 25. Le projet de loi est étudié en comité (étude article par article). |
| 26. The Committee reports on the bill, including any recommended amendments. | 26. Le comité fait rapport sur le projet de loi et recommande, le cas échéant, des amendements à celui-ci. |
| 27. The bill proceeds to Third Reading and final approval by which the Senate. | 27. Le projet de loi passe à la troisième lecture et à l'approbation finale du Sénat. |

Royal Assent

- | | |
|--|--|
| 28. The bill receives royal assent from the Governor General. | 28. Le projet de loi reçoit la sanction royale de la part du gouverneur général. |
| 29. The legislation (now a statute) comes into effect upon royal assent or (if the statute so provides) at a later date. | 29. Le texte législatif (désormais une loi) entre en vigueur à la sanction royale ou (si la loi le prévoit) à une date ultérieure. |

Operation of the Legislation

- | | |
|--|--|
| 30. Regulations are made and decisions are taken pursuant to the authority conferred by the legislation. | 30. Des règlements et des décisions sont pris, en vertu du pouvoir conféré par la loi. |
|--|--|

[161] The situation is similar in the provinces, except for the fact that their legislatures are unicameral, i.e., they have no upper house corresponding to the Senate. The focus of the Mikisew's argument was on

Le Sénat

Sanction royale

Application de la loi

[161] Le portrait est le même dans les provinces, mis à part le fait que leur législature est unicamérale; autrement dit, elles n'ont pas de chambre haute correspondant au Sénat. L'argumentation des Mikisew

the first 16 steps listed above, relating to preparation of legislation which they mischaracterize as Crown conduct. Justice Brown has dealt with the confusion in the Mikisew's position in conflating the Crown and the legislature. (For an example, see the use of the ambiguous term "legislative processes" in para. 50 and elsewhere in their factum.) If the distinction between the Crown and the legislature were cast aside, then the next logical step would be to say that the duty to consult extends to consideration by Parliament (or provincial legislatures), as set out in steps 17 to 29 above.

[162] From another perspective, why should the duty to consult relate only to legislation? Why not budgetary measures (including the Estimates)? These are prepared for Parliament's consideration and arguably they could infringe s. 35 rights or adversely affect claims to such rights.

[163] If one breaches the separation of powers and treats the legislature as part of the Crown, then all of this can follow. The consequences of the foregoing are profound and warrant careful reflection. And, I would repeat, the consequences would relate not only to the Parliament of Canada, but also to the legislatures of the provinces.

[164] The first 16 steps involved in the preparation of legislation show that this is not a simple process. Rather, it is a highly complex process involving multiple actors across government. Imposing a duty to consult at this stage could effectively grind the day-to-day internal operation of government to a halt. What is now complex and difficult could become drawn out and dysfunctional. Inevitably, disputes would arise about the way that this obligation would be fulfilled. This is why the separation of powers operates the way it does. The courts are

portait principalement sur les 16 premières étapes énumérées précédemment, qui ont trait à l'élaboration des projets de loi, une tâche qu'ils qualifient à tort de conduite de la Couronne. Le juge Brown a traité de la confusion dans la position des Mikisew du fait qu'ils amalgament la Couronne et le Parlement ou les législatures provinciales : voir, par exemple, l'utilisation du terme ambigu « *legislative processes* » ([TRADUCTION] « processus législatifs ») au par. 50 et à d'autres endroits dans leur mémoire. Si la distinction entre la Couronne et le Parlement ou les législatures provinciales était écartée, la prochaine chose logique à faire serait de dire que l'obligation de consulter s'étend à l'étude du projet de loi par le Parlement ou par les législatures provinciales, soit aux étapes 17 à 29 décrites précédemment.

[162] D'un autre point de vue, pourquoi l'obligation de consulter devrait-elle viser uniquement les projets de loi? Pourquoi ne viserait-elle pas les mesures budgétaires (dont le budget des dépenses)? Ces mesures sont destinées à l'examen du Parlement et l'on pourrait soutenir qu'elles sont susceptibles de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35 ou d'avoir un effet préjudiciable sur la revendication de ces droits.

[163] Si quelqu'un transgresse le principe de la séparation des pouvoirs et considère le Parlement ou les législatures provinciales comme faisant partie de la Couronne, toutes les répercussions susmentionnées peuvent s'ensuivre. Les conséquences de ce qui précède seraient profondes et méritent mûre réflexion. En outre, je le répète, les conséquences toucheraient non seulement le Parlement canadien, mais aussi les législatures provinciales.

[164] Les 16 premières étapes de l'élaboration des projets de loi démontrent qu'il ne s'agit pas d'un processus simple. C'est plutôt un processus fort complexe qui mobilise de nombreux acteurs au sein du gouvernement. L'imposition de l'obligation de consulter à ce stade pourrait en fait paralyser le fonctionnement interne au quotidien du gouvernement. Ce qui est aujourd'hui complexe et difficile risquerait de devenir interminable et dysfonctionnel. Inévitablement, des différends se soulevaient quant à la façon de s'acquitter de cette obligation. Voilà

ill-equipped to deal with the procedural complexities of the legislative process. Consider the following practical questions that would arise if this Court were to recognize a duty to consult in the preparation of legislation.

[165] Four questions (each with several facets) arise directly from what the Mikisew are seeking:

- (a) *Which types of legislation would trigger the duty to consult?* Would it be only legislation whose focus was the situation of Indigenous peoples? Arguably not; rather, it would extend to many laws of general application (as on the facts of this case).
- (b) In giving effect to the duty, *which Indigenous groups would need to be consulted?* How would they be identified? In the case of legislation of general application might not the duty require consultation with all Aboriginal groups within the jurisdiction?
- (c) *At what stage (in the 16 step process) is consultation to take place?* Might the duty require consultation to take place at more than one stage, as one moves from formulating policy options, to deciding on a recommended approach, to consideration and approval (possibly with changes) by Cabinet committee and then full Cabinet, to the drafting of the bill and its approval for introduction?
- (d) *What would be needed to fulfill the duty to consult in various circumstances?* How would this be decided and by whom?
- (e) Three further questions arise from the logical extension of the framework that the Mikisew are asking this court to adopt:
- (f) If the preparation of legislation that might affect s. 35 rights triggers the duty to consult, then would not that duty also be triggered by the

pourquoi le principe de la séparation des pouvoirs fonctionne comme il le fait. Les tribunaux sont mal outillés pour traiter des considérations procédurales complexes associées au processus législatif. Songez aux questions pratiques suivantes qui se poseraient si la Cour devait reconnaître l'existence d'une obligation de consulter durant l'élaboration des projets de loi.

[165] Quatre questions (comportant toutes plusieurs facettes) découleraient directement de ce que réclament les Mikisew :

- a) *Quels types de lois donneraient naissance à l'obligation de consulter?* Serait-ce seulement les lois dont le point de mire est la situation des peuples autochtones? On pourrait soutenir que non; cette obligation s'étendrait plutôt à de nombreuses lois d'application générale (comme en l'espèce).
- b) Pour donner effet à l'obligation, *quels groupes autochtones faudrait-il consulter?* De quelle manière seraient-ils identifiés? Dans le cas d'une loi d'application générale, l'obligation requerrait-elle que l'on consulte tous les groupes autochtones se trouvant dans le ressort en cause?
- c) *À quel stade (du processus en 16 étapes) la consultation devrait-elle avoir lieu?* Se pourrait-il que l'obligation exige de consulter à plus d'une étape, quand on passe de la formulation des orientations possibles au choix d'une démarche recommandée, à l'étude et à l'approbation (peut-être avec des changements) d'un comité du Cabinet, puis de tout le Cabinet, à la rédaction du projet de loi et à l'approbation de son dépôt?
- d) *Que faudrait-il faire pour s'acquitter de l'obligation de consulter dans différentes situations?* De quelle manière conviendrait-il de trancher cette question et à qui reviendrait cette décision?
- e) Trois autres questions découleraient de l'éclairissement logique du cadre que les Mikisew réclament à la Cour :
- f) Si l'élaboration d'un projet de loi susceptible de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35 donnait naissance à l'obligation de consulter,

preparation of other measures for Parliament's consideration, notably the Budget, including the Estimates?

- (g) And, if the duty to consult extended to consideration by Parliament and provincial legislatures, then would not there also be significant and likely unforeseeable consequences for the operation of legislative assemblies, affecting their powers and privileges?
- (h) The relationship among the institutions of the executive and between them and Parliament are complex. What would be the impact on the operation of Cabinet, on the role of the Prime Minister or Premier as the head of Cabinet, and on the responsibility of the ministry to the legislature? Would there not be significant and likely unforeseeable consequences for the conventions, practices and procedures by which Cabinet operates and its relationship to the legislature?

[166] The careful reader of the foregoing list of 30 steps will have noted a reference to "policy consultations" in step 1. As a matter of practice and in furtherance of good public administration, consultation on policy options in the preparation of legislation is very often undertaken. But, it is not constitutionally required.

[167] Similarly, I would note again that under the jurisprudence, consultation is a factor in the justification of any s. 35 infringement under *Sparrow*. Thus, where an infringement of rights protected under s. 35 is possible by virtue of the adoption of legislation, there is strong incentive to consult. As mentioned above, it is fundamentally different to impose a constitutionally mandated duty to consult, the operation of that would inevitably be supervised by the courts. If Parliament or a provincial legislature wishes to bind itself to a manner and form requirement incorporating the duty to consult Indigenous peoples before the passing of legislation, it is free to do so (Hogg, at p. 12-12). But the courts will not infringe

cette obligation ne serait-elle pas aussi déclenchée par la préparation d'autres mesures soumises à l'étude du Parlement, notamment le budget, y compris le budget des dépenses?

- g) De plus, si l'obligation de consulter s'étendait à l'étude par le Parlement et par les législatures provinciales, n'aurait-elle pas vraisemblablement d'importantes conséquences imprévisibles sur le fonctionnement des assemblées législatives qui nuiraient aux pouvoirs et aux privilèges de ces dernières?
- h) Le rapport entre les institutions de l'exécutif et celui entre elles et le Parlement sont complexes. Quel serait l'impact sur le fonctionnement du Cabinet, sur le rôle du premier ministre à titre de chef du Cabinet ainsi que sur la responsabilité du ministère envers le Parlement ou une législature provinciale? N'y aurait-il pas d'importantes conséquences vraisemblablement imprévisibles pour les conventions, les pratiques et les procédures régissant le fonctionnement du Cabinet et sa relation avec le Parlement ou les législatures provinciales?

[166] Le lecteur attentif de la liste précédente comportant 30 étapes aura constaté la mention des « consultations concernant les orientations » à l'étape 1. En pratique, et pour favoriser une bonne administration publique, les consultations sur les orientations possibles durant l'élaboration des projets de loi sont monnaie courante. Elles ne sont toutefois pas exigées par la Constitution.

[167] De même, je tiens à souligner de nouveau que, selon la jurisprudence, la consultation est un facteur de la justification de toute violation de l'art. 35 suivant le cadre d'analyse établi dans *Sparrow*. Ainsi, lorsque l'adoption d'une loi risque de porter atteinte aux droits protégés par l'art. 35, il y a une forte incitation à consulter. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'imposition d'une obligation de consulter prescrite par la Constitution est fondamentalement différente et son application serait forcément contrôlée par les tribunaux. Si le Parlement ou une législature provinciale souhaitaient se lier par une exigence de moyen ou de forme qui comporterait l'obligation de consulter

on the discretion of legislatures by imposing additional procedural requirements on legislative bodies (*Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40).

[168] Finally, I note that legislation itself will not ordinarily give rise to an infringement of rights under s. 35. When it does, an infringement claim may be brought under *Sparrow*. Rather, what is ordinarily the case is that it is *Crown conduct*, whether through the exercise of authority conferred by legislation, or by its own authority, that gives rise to an infringement of rights or to adverse effects to a claimed right. In such instances, *Haida Nation* and the cases following it impose a duty to consult and, where necessary, to accommodate. With respect to the duty to consult, the Crown's actions are reviewable by the courts under the general principles of judicial review (*Haida Nation*). These principles do not allow for courts to review decisions of a legislative nature on grounds of procedural fairness (*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at pp. 758-59). As a general rule, no duty of procedural fairness is owed by the government in the exercise of any legislative function (*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 558; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 59; *Authorson*, at para. 41).

III. The Role of the Court

[169] As surely as night follows day, if such a duty were to be imposed, disagreements would arise as to the foregoing questions and many others. How would such disagreements be resolved? Where a constitutionally mandated duty exists, affected parties would inevitably turn to the courts. Thus, courts would be drawn into a supervisory role as to the operation of a duty to consult in the preparation of legislation (as well as, in all likelihood, other matters, notably budgets, requiring approval by the legislature). I agree with Justice Brown's discussion

les peuples autochtones avant l'adoption des lois, ils seraient libres de le faire : Hogg, p. 12-12. Cela dit, les cours ne vont pas s'ingérer dans le pouvoir discrétionnaire des assemblées législatives en imposant des exigences procédurales supplémentaires à des organismes législatifs : *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40.

[168] Je précise enfin que la loi elle-même ne porte habituellement pas atteinte à des droits protégés par l'art. 35. Lorsque c'est le cas, il est possible d'intenter un recours pour atteinte en application de l'arrêt *Sparrow*. En temps normal, c'est plutôt une *conduite de la Couronne*, que ce soit par l'exercice d'un pouvoir que lui confère la loi ou en vertu de son propre pouvoir, qui porte atteinte à des droits ou qui a des effets préjudiciables sur un droit revendiqué. *Nation haïda* et les arrêts qui l'ont suivi imposent alors une obligation de consulter et, s'il y a lieu, une obligation d'accommoder. Quant à l'obligation de consulter, les mesures de la Couronne sont susceptibles de contrôle judiciaire selon les principes généraux en la matière : *Nation haïda*. Ces principes ne permettent pas aux tribunaux de contrôler des décisions de nature législative pour des motifs d'équité procédurale : *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, p. 758-759. Règle générale, le gouvernement n'a pas à faire preuve d'équité procédurale dans l'exercice de fonctions législatives : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 558; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59; *Authorson*, par. 41.

III. Le rôle de la Cour

[169] Aussi certainement que la nuit succède au jour, si pareille obligation devait être imposée, il y aurait des mésententes sur les questions susmentionnées et sur bien d'autres. Comment de telles mésententes seraient-elles réglées? En présence d'une obligation imposée par la Constitution, les parties concernées s'adresseraient inévitablement aux tribunaux. Ces derniers seraient par conséquent appelés à surveiller l'exécution d'une obligation de consulter durant l'élaboration des projets de loi (tout comme, selon toute vraisemblance, d'autres mesures,

on the impact of imposing a duty to consult on the separation of powers.

[170] I would add the following point. If the courts were to impose a duty to consult on the preparation of legislation, would not the next logical step be for the courts to impose a duty to consult on legislatures in their consideration of legislation? In such an eventuality, one would have to situate “consultations” somewhere in the sequence of first reading, second reading, committee stage, report stage, third reading, royal assent. If a legislature chooses to participate in consultation with Indigenous peoples pursuant to *Sparrow*, at what stage that consultation takes place is a matter of discretion. Yet the trial judge in this case suggested just such a remedy — that affected groups would be able to make submissions in Parliament. The trial judge’s order stated that the duty arose “at the time that each of the [bills] was introduced into Parliament” (2014 FC 1244, 470 F.T.R. 243, at para. 112). Such a result offends the separation of powers and would necessarily engage the courts in regulating the exercise by Parliament and legislatures of their powers and privileges. That would be a profound change in our system of government.

IV. Conclusion

[171] This brings me full circle, back to whether there is a “gap” in the jurisprudence that needs to be filled. As I have set out above, no such gap exists. Vindicating s. 35 rights does not require imposition of a duty to consult in the preparation of legislation. Indeed, the imposition of such a duty would be contrary to the distinction between the Crown and the legislature. It would offend the separation of powers. It would encroach on parliamentary privilege. It would involve the courts in supervising matters that they have always held back from doing. In short, imposing such a duty would not provide needed

notamment les budgets, qui nécessitent l’approbation du Parlement ou d’une législature provinciale). Je souscris à l’analyse du juge Brown relative aux conséquences de l’imposition d’une obligation de consulter sur la séparation des pouvoirs.

[170] J’ajouterais ce qui suit. Si les tribunaux devaient imposer une obligation de consulter durant l’élaboration des projets de loi, la prochaine chose qu’ils devraient faire en toute logique ne serait-elle pas d’imposer aux assemblées législatives une obligation de consulter durant leur étude des projets de loi? En pareil cas, il faudrait situer les « consultations » quelque part aux étapes de la première lecture, de la deuxième lecture, de l’étude en comité, du rapport, de la troisième lecture et de la sanction royale. Si le Parlement ou une législature décidait de prendre part à une consultation avec des peuples autochtones conformément à l’arrêt *Sparrow*, le stade auquel se tiendrait cette consultation relèverait de son pouvoir discrétionnaire. C’est pourtant la réparation que le juge du procès a suggérée en l’espèce : la possibilité pour les groupes touchés de présenter des observations au Parlement. Le juge du procès a affirmé dans son ordonnance que l’obligation de consulter a pris naissance « à l’époque où chacun des projets de loi [. . .] a été déposé au Parlement » : 2014 CF 1244, par. 111 (CanLII). Ce résultat contrevient au principe de la séparation des pouvoirs et il amènerait nécessairement les tribunaux à encadrer l’exercice par le Parlement et les législatures de leurs pouvoirs et privilèges. Cela transformerait de fond en comble notre système de gouvernement.

IV. Conclusion

[171] Me voilà revenu au point de départ, soit à la question de savoir s’il y a dans la jurisprudence une « lacune » qui doit être comblée. Comme je l’ai expliqué précédemment, il n’existe aucune lacune de ce genre. La défense des droits protégés par l’art. 35 n’exige pas l’imposition d’une obligation de consulter durant l’élaboration des projets de loi. En fait, l’imposition d’une telle obligation irait à l’encontre de la distinction entre la Couronne et les assemblées législatives. Elle contreviendrait au principe de la séparation des pouvoirs. Elle empiéterait sur le privilège parlementaire. Elle amènerait les tribunaux à

protection for s. 35 rights. Rather, it would offend foundational constitutional principles and create rather than resolve problems.

[172] For the above reasons, I would dismiss the appeal with no costs ordered.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: JFK Law Corporation, Victoria and Vancouver.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Champagne and Aishihik First Nations, the Kwanlin Dün First Nation, the Little Salmon Carmacks First Nation, the First Nation of Na-Cho Nyak Dun, the Teslin Tlingit Council, and the First Nations of the Maa-nulth Treaty Society: Ratcliff & Company, North Vancouver.

superviser des questions qu'ils se sont toujours abstenus de superviser. Bref, l'imposition d'une telle obligation n'offrirait pas aux droits garantis par l'art. 35 la protection dont ils ont besoin. Elle contreviendrait plutôt à des principes constitutionnels fondamentaux et poserait des problèmes plutôt que d'en résoudre.

[172] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi sans adjuger de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : JFK Law Corporation, Victoria et Vancouver.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs des intervenants Champagne and Aishihik First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Little Salmon Carmacks First Nation, First Nation of Na-Cho Nyak Dun, Teslin Tlingit Council, First Nations of the Maa-nulth Treaty Society : Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government: Gowling WLG (Canada), Montréal.

Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la nation crie : Gowling WLG (Canada), Montréal.

Solicitors for the intervener the Manitoba Metis Federation Inc.: Pape Salter Teillet, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération métisse du Manitoba : Pape Salter Teillet, Toronto.

Solicitors for the intervener the Advocates for the Rule of Law: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Advocates for the Rule of Law : McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations: Federation of Sovereign Indigenous Nations, Saskatoon; Westaway Law Group Professional Corporation, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Federation of Sovereign Indigenous Nations : Federation of Sovereign Indigenous Nations, Saskatoon; Westaway Law Group Professional Corporation, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Gitanyow Hereditary Chiefs: Grant Huberman, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Gitanyow Hereditary Chiefs : Grant Huberman, Vancouver.